

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO

WILLIAN HELFSTEIN DOS SANTOS

O ESTADO E AS LIMITAÇÕES E OBRIGAÇÕES ADVINDAS DO *IUS*
PUNIENDI

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA

CACOAL – RO
2015

WILLIAN HELFSTEIN DOS SANTOS

**O ESTADO E AS LIMITAÇÕES E OBRIGAÇÕES ADVINDAS DO *IUS
PUNIENDI***

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação
Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus*
Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito, elaborada sob a orientação do professor M.e
Afonso Maria das Chagas

**CACOAL – RO
2015**

Santos, Willian Helfstein dos.
S237e O Estado e as limitações e obrigações advindas do *ius puniendi*/ Willian Helfstein dos Santos – Cacoal/RO: UNIR, 2015.
70 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. Me. Antonio Maria das Chagas.

1. Direito penal. 2. Ius puniendi. 3. Princípios. I. Chagas, Antonio Maria das. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 343

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

O ESTADO E AS LIMITAÇÕES E OBRIGAÇÕES ADVINDAS DO *IUS PUNIENDI*

WILLIAN HELFSTEIN DOS SANTOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professora M.e Afonso Maria das Chagas - UNIR - Presidente

Professora M.^a Daeane Zulian Dorst - UNIR - Membro

Professora M.^a Ozana Rodrigues Boritza - UNIR - Membro

Conceito: 7,7

Cacoal, 2 de julho de 2015.

Dedico o presente trabalho aos meus fantásticos pais que, além de sempre acreditarem na minha capacidade e no meu potencial, sempre me incentivaram e trabalharam pelo meu sucesso.

Às minhas irmãs pelo apoio, constante incentivo, e pela esperançosa torcida.

E, principalmente, à minha amada esposa pela ajuda, material e psicológica, e sobretudo pela paciência e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Professor M.e Afonso Maria das Chagas, pela disponibilidade em me orientar, apesar do período bem atarefado em que está, que é de conhecimento de toda a comunidade acadêmica, bem como pelas preciosas sugestões quanto ao direcionamento das questões a serem abordadas.

À Professora M.^a Daeane Zulian Dorst, pela ajuda na confecção do trabalho, além da compreensão com minhas dificuldades de deslocamento até o *Campus*.

A todos os amigos que participaram de certa forma de minha longa jornada nessa busca pela graduação, e a quem, apesar de muitos e difíceis de elencar, devo bastante por essa conquista.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo fazer uma análise da responsabilidade estatal pelo *Ius Puniendi*, ou o direito de punir. Após se demonstrar a origem histórica da pena, é abordada sua evolução, e questionada sua aplicação no Direito Contemporâneo, e em especial no Brasil, em relação ao respeito a princípios e garantias fundamentais a que está obrigado o Estado Constitucional e Democrático de Direito, e quanto aos resultados alcançados pelo sistema penal. Demonstrou-se que na prática o Estado hoje, regra geral, não atende, em sua aplicação, às funções da pena, como retribuição, prevenção e ressocialização, além de estar ofendendo a dignidade e outros direitos dos encarcerados, que tem como resultado o descontrole da criminalidade. Entre as soluções apontadas há ideias simples, como o aumento de investimentos em estabelecimentos prisionais, mas também conceitos modernos, como a Justiça Restaurativa e a descriminalização de condutas que não ofendem bens jurídicos importantes. O método utilizado foi a dogmática jurídica, aplicando-se o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: *Ius Puniendi*. Direito Penal. Princípios e fundamentos.

ABSTRACT

This work has as goal to do an analysis of the State's responsibility for the *Ius Puniendi*, or the right to punish. After the demonstration of the historical sources of penalty, its evolution is approached, as well as its application on Contemporary Law, specially in Brazil, related to the respect to fundamental principles and guarantees of the Constitutional and Democratic State of Law, and to results which are achieved by the penal system. It was evidenced that in practice the State, most often, does not comply with the functions of the penalty in this application, like retribution, prevention e resocialization, and offends the dignity and other rights of the prisoners, and all of this has as result the uncontrolled situation of the criminality. Among indicated solutions there are simple ideas, as the increase of investments in prisons, and modern concepts, as Reparative Justice and decriminalization of lesser offenses. The used method was the legal dogmatic, with the application of bibliographic search.

Keywords: *Ius Puniendi*. Direito Penal. Principles and fundamentals.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 BREVE HISTÓRIA DAS PENAS	11
1.1 O DIREITO DE PUNIR	11
1.2 A EVOLUÇÃO DO <i>IUS PUNIENDI</i> E A APLICAÇÃO DA PENA	13
1.3 DIREITO PENAL HEBRAICO	15
1.4 DIREITO PENAL ROMANO	15
1.5 DIREITO CANÔNICO E DIREITO MEDIEVAL	16
1.6 PERÍODO HUMANITÁRIO	17
1.7 A EVOLUÇÃO DOS ESTUDOS SOBRE O <i>IUS PUNIENDI</i> E A CHEGADA AO BRASIL DO DIREITO PENAL	18
1.8 AS ORDENAÇÕES AFONSINAS	19
1.9 AS ORDENAÇÕES MANUELINAS	19
1.10 AS ORDENAÇÕES FILIPINAS	20
1.11 O CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO	21
1.12 A REPÚBLICA E O CÓDIGO PENAL	22
2. AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL HODIERNAMENTE	24
2.1 AS ESPÉCIES DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE	26
2.2 RECLUSÃO E DETENÇÃO	27
2.3 EXAME CRIMINOLÓGICO	28
2.4 REGIME FECHADO	29
2.5 REGIME SEMIABERTO	30
2.6 REGIME ABERTO	31
2.7 REGIME INICIAL	32
3 FUNDAMENTOS DO <i>IUS PUNIENDI</i> E A RESPONSABILIDADE ESTATAL PELO SISTEMA PENAL	34
3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	34
3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	38
3.3 PRINCÍPIO DA JUSTICIALIDADE	39
3.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	41
3.5 O DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO ESTADO NO SISTEMA PENAL	45

3.6 O FRACASSO DO ESTADO COMO TITULAR DO <i>IUS PUNIENDI</i>	47
--	----

4 O FUTURO DO DIREITO PENAL E AS ALTERNATIVAS PARA O RESGATE DO <i>IUS PUNIENDI</i> COMO FERRAMENTA EFETIVA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL.....	54
---	-----------

4.1 O ABOLICIONISMO PENAL.....	55
--------------------------------	----

4.2 O DIREITO PENAL MÁXIMO	56
----------------------------------	----

4.3 O GARANTISMO PENAL.....	57
-----------------------------	----

4.4 A NECESSIDADE DA EFETIVIDADE DAS NORMAS PENAIS	59
--	----

4.5 A REFORMA DA POLÍTICA PENITENCIÁRIA.....	62
--	----

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
----------------------------------	-----------

REFERÊNCIAS	66
--------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar o desempenho, pelo Estado, das funções do *Ius Puniendi*, ou o direito de punir condutas consideradas reprováveis pela sociedade. Além de se observar os eventuais resultados do cumprimento dessas funções, questiona-se também a observação pelo Estado, especificamente o brasileiro, dos princípios e fundamentos constitucionais limitadores desse direito.

Observa-se que o atendimento a essas duas condições, quais sejam, a de aplicar penas por delitos praticados, e obedecer a princípios fundamentais que tem por natureza a proteção de direitos e garantias individuais, é requisito para o fiel cumprimento do papel do Direito Penal, que tem por escopo a pacificação social em casos que envolvem a agressão aos bens mais importantes protegidos pelo Direito.

Essas condições são impostas pela Constituição Federal de 1988, que prevê a proteção pelo Direito Penal a importantes bens jurídicos com a imposição de penas, mas também coloca como limites ao exercício dessa proteção o respeito a direitos ainda mais importantes que aqueles protegidos pela norma incriminadora.

A importância de se debater esse tema transcende o ambiente jurídico, uma vez que se questiona aqui a forma como são tutelados direitos indispensáveis ao convívio democrático. Portanto, se a discussão é indispensável no mundo acadêmico, que tem por missão iluminar a busca por soluções que enriqueçam a humanidade, mais ainda o será na sociedade, que além de beneficiária de eventuais soluções, também é a mandatária do poder político capaz de promover mudanças.

O debate em meio à sociedade também pode lograr a correção de equívocos, como falsas soluções sempre apregoadas, mas meramente baseadas no senso comum, sem o devido respaldo científico. Daí a necessidade desse questionamento ser incorporado à discussão social.

Inicialmente, se abordará a história da aplicação de penas pelas sociedades humanas, com a tentativa de demonstrar, além de sua origem histórica, a evolução de sua fundamentação. A história das normas do sistema repressivo pátrio também terão atenção nessa largada.

No segundo capítulo, serão abordadas exclusivamente as penas privativas de liberdade no sistema penal brasileiro, abordando-se as espécies, os regimes e a definição do regime inicial de cumprimento desse tipo de pena.

Ao terceiro caberá a análise dos fundamentos do direito de punir, bem como os princípios norteadores e limitadores desse direito. Aí também se abordará o desrespeito pelo Estado a esses limites, e o resultado pífio de sua atuação como agente pacificador da sociedade, traduzido em dados sobre rebeliões em instituições de cumprimento de pena e sobre a ineficácia no combate ao crime.

O último capítulo se prestará a analisar as principais soluções propostas por estudiosos para ambos os problemas discutidos: a aplicação das penas pelos sistemas prisionais, e o combate ao crime pelo Direito Penal. Se abordará o questionamento de se essa solução deve ser jurídica ou política, bem como a possibilidade de aplicação.

Assim, a presente monografia, longe de exaurir o tema proposto, pretende fazer uma breve abordagem sobre os fundamentos do Direito Penal, usando para tal o método da dogmática jurídica. O procedimento utilizado foi de pesquisa bibliográfica a partir de material já publicado, especialmente livros doutrinários e artigos científicos afins.

Demonstra-se então que, apesar dos reiterados fracassos da políticas criminais, corroborados por críticas radicais no sentido de se criar um Direito Penal mínimo ou máximo, a solução está no equilíbrio, diminuindo-se o número de normas penais, mas garantindo-se a efetiva aplicação daquelas que protegem os bens jurídicos mais importantes, hoje desabrigado na prática. Além de que, mais do que mágica ou malabarismo, o problema prisional se resolve com racionalidade e investimentos.

1 BREVE HISTÓRIA DAS PENAS

Uma das principais funções da justiça desde os primórdios da humanidade foi, além de reparar danos causados pelas pessoas, a de punir condutas reprováveis pela sociedade, hoje chamadas de crime.

Especificamente para esse fim surgiu o Direito Penal, cujo escopo era a definição dos atos tidos delitos e a cominação das penas aplicadas como retribuição por esses atos.

1.1 O DIREITO DE PUNIR

O *Ius Puniendi*, ou direito de punir, que consiste na aplicação de penas como retribuição por transgressões a normas sociais vem de longa data, como se verá mais adiante. Entretanto, o estudo filosófico sistemático da legitimidade dessa forma de repressão é, de certa forma, recente (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 19).

Entre os filósofos que se debruçaram sobre o tema está o italiano Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, (1738-94). Considerado o principal representante do Iluminismo Penal, teve como obra mais importante o livro "Dos delitos e das penas".

No referido trabalho, Beccaria, além de tratar do processo penal e dos crimes em espécie, também reflete sobre a origem do direito punitivo.

Diz o pensador, em uma digressão sobre teoria geral do estado, que a soberania da nação é formada pelo conjunto de parcelas da liberdade de cada cidadão, que abriu mão dessa porção em troca de segurança e proteção do restante de sua liberdade. Assim, o soberano do povo é o responsável por cuidar do que ele nomeou "depósito das liberdades".

Ocorre que, ainda segundo o filósofo, é necessário proteger esse depósito da tentação despótica inerente aos seres humanos, que faria com que alguém tentasse, além de retirar sua porção de liberdade do depósito, ainda usurpar a dos outros (BECCARIA, 2013, p. 22-23). Para impedir que isso acontecesse, e reprimir esse espírito despótico do homem, surgiram as penas a serem aplicadas aos transgressores das leis.

Obviamente, essa ilustração sobre a criação do estado foi inspirada pelo suíço Jean-Jacques Rousseau e seu "Do contrato social". Rousseau, que viveu entre os anos de 1712 e 1778, foi contemporâneo de Beccaria.

Em "Do contrato social", Rousseau reflete sobre a formação das sociedades e delineia o que seriam as condições e as formas ideais de criação de um estado justo e igualitário. No capítulo em que fala sobre a criação do "pacto social", argui que ele é necessário para reunir as forças dos homens para que lutem contra um obstáculo comum, que seria prejudicial à conservação de todos os homens no estado natural (ROUSSEAU, 2006, p. 22).

Segundo ele, o problema fundamental que a humanidade tenta resolver ao criar as sociedades é "encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo e permaneça tão livre como anteriormente" (ROUSSEAU, 2006, p. 22).

A diferença entre a origem do estado defendida pelo Marquês de Beccaria e aquela idealizada por Rousseau está na proporção da liberdade individual da qual dispõe o cidadão em prol da sociedade: na primeira, os homens sacrificariam apenas uma parte de sua liberdade, para poder gozar do restante dela com mais segurança (BECCARIA, 2013, p. 22); na segunda, esse sacrifício seria total:

Todas essas cláusulas, bem entendido, reduzem-se a uma única, a saber, **a alienação total de cada associado**, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade porque, em primeiro lugar, quando cada um entrega-se totalmente, a condição é igual para todos e, sendo a condição igual para todos, ninguém tem interesse em torná-la onerosa para os outros. (grifou-se) (ROUSSEAU, 2006, p. 23)

Igual disparidade se nota também, ainda em relação à formação do estado e seu direito de punir os cidadãos, no posicionamento dos dois estudiosos sobre a pena de morte. Rousseau concordava com possibilidade de se aplicar a pena capital, alegando que ela seria cabível como punição pela quebra do "pacto social". Dizia ele:

De resto, todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se por seus delitos rebelde e traidor da pátria. Cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua. É preciso que um dos dois pereça. Quando se condena à morte o culpado, isso é feito menos na qualidade cidadão que de inimigo. O processo e o julgamento constituem as provas e a declaração de que o culpado rompeu o tratado social e, por conseguinte, que não é mais membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu tal, pelo menos em relação a sua residência, deve ser segregado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte como inimigo público, pois um inimigo dessa espécie não é uma pessoa moral, é um homem, e é então que o direito da guerra manda matar o vencido. (ROUSSEAU, 2006, p. 44-45)

Em que pese seu posicionamento rígido quanto à aplicação da pena contra o transgressor do pacto social, Rousseau, por acreditar na bondade do homem, como fica claro

na obra "Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens", e mais ainda no sucesso de seu estado ideal, previa que não seria necessário o uso recorrente da repressão para a manutenção da ordem, ou que esse uso seria consequência de um estado mal gerido:

De resto, a frequência dos suplicios é sempre um sinal de fraqueza ou de indolência no governo. Não existe homem malvado que não possa servir para alguma coisa. [...] Num Estado bem governado há poucas punições, não porque sejam concedidos muitos indultos, mas porque há poucos criminosos. (ROUSSEAU, 2006, p. 45)

Outra definição interessante do direito de punir foi dada pelo filósofo inglês Thomas Hobbes, que viveu entre os anos de 1588 e 1679, também com base na teoria do contrato social:

Ao fundar uma república, cada um renuncia ao direito de defender os outros, mas não de se defender a si mesmo. Além disso, cada um obriga-se a ajudar o soberano na punição de outrem, mas não da sua própria. No entanto, pactuar assistir ao soberano a causar dano a outrem, salvo se aquele que assim pactua tiver ele próprio esse mesmo direito, não é dar-lhe o direito de punir. Fica assim manifesto que o direito de punir que pertence à república (isto é, àquele ou àqueles que a representam) não tem o seu fundamento em nenhuma concessão ou dádiva dos súditos. Mas também já mostrei que, antes da instituição da república, cada um tinha direito a todas as coisas, e a fazer o que considerasse necessário para a sua própria preservação, podendo com esse fim subjugar, ferir ou matar qualquer um. E é este o fundamento daquele direito de punir que é exercido em todas as repúblicas. Porque não foram os súditos que deram ao soberano esse direito; simplesmente, ao renunciarem ao seu, reforçaram o uso que ele pode fazer do seu próprio, da maneira que achar melhor, para a preservação de todos eles. De modo que o direito de punir não foi dado ao soberano, foi-lhe deixado, e apenas a ele; e tão pelo (com exceção dos limites estabelecidos pela lei natural) como na condição de simples natureza, ou de guerra de cada um contra o seu próximo. (HOBBS, 2003, p. 263)

Conclui-se assim que, em menor ou maior grau, o direito de aplicar penas foi bem amparado pela filosofia política, principalmente com base na teoria contratualista.

1.2 A EVOLUÇÃO DO *IUS PUNIENDI* E A APLICAÇÃO DA PENA

Inicialmente, a chamada vingança penal teve a sua fase privada (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 16-17), em que, com o cometimento de um crime, a vítima, seus parentes, ou sua tribo tratavam de cuidar da retribuição do ato praticado, sem preocupação com a proporção à ofensa.

Se o ofensor fosse membro da tribo, podia sofrer banimento, o que obrigaria a se ver enfrentando outros grupos sozinho, o que lhe levaria, em regra, à morte. Se fosse de outro

grupo, isso iniciava uma guerra entre esse grupo e o do ofendido, levando, geralmente, à extinção de um dos grupos.

Posteriormente, com a necessidade de se diminuir as guerras fratricidas em busca de vingança, surgiu o talião, que limitava a vingança à proporção da ofensa praticada, do qual surgiu a máxima "olho por olho, dente por dente", e que foi adotado pelos babilônios (Código de Hamurábi), pelos hebreus (no Êxodo) e pelos romanos (na Lei das XII Tábuas) (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 17).

Surgiu também a composição, caso em que o ofensor trocava o cumprimento de sua pena por pagamento em moeda, gado, etc. Essa foi, inclusive, a origem da multa no direito penal.

Havia também uma influência religiosa no direito penal primitivo, chamada de vingança divina. Acreditava-se que o ato criminoso ofendia as divindades, o que trazia a necessidade de se ter o castigo ou a oferenda do ofensor para satisfazer aos deuses.

Por fim, chegou-se à fase da vingança pública. Apresentava-se não como hodiernamente, uma vez que ainda havia penas severas e cruéis, bem como a justificativa para a pena ainda era religiosa. Mas agora o responsável pela reprimenda passava a ser o estado.

Os hebreus, após o período de total vigência do Êxodo, adotaram o Talmude. A pena de talião foi substituída por multa, prisão e castigos físicos. A pena de morte praticamente deixou de existir, sendo substituída pela prisão perpétua, sem trabalhos forçados, o que já foi um avanço.

O talmude também foi um contraponto à rigidez do Êxodo, dando garantias mínimas ao réu contra os perigos de falso testemunho e denúncia caluniosa. Os crimes se dividiam em delitos contra a divindade e contra o semelhante.

Os romanos, por sua vez, em sua evolução do direito primitivo, separaram direito de religião. Os delitos se dividiram em *crimina publica* (contra a segurança da cidade) e *delicta privata* (infrações menos graves, recriminada por indivíduos) (BRASIL ESCOLA, 2014).

A pena se tornou, em regra, pública. As sanções foram suavizadas e a pena de morte, praticamente abolida, foi substituída por exílio e deportação. A *delicta privata* era julgada por uma pessoa do povo, que geralmente determinava a composição.

O direito penal germânico, primitivamente consuetudinário, era constituído por costumes. Inicialmente havia a vingança privada, substituída posteriormente pelo talião (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 18).

Não havia a distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, desconsiderando-se a subjetividade da conduta.

1.3 DIREITO PENAL HEBRAICO

Como já foi exposto, o primeiro sistema de leis penais dos hebreus foi baseado no talião e exposto no livro bíblico do Êxodo, bem como compreendido pelos outros livros do Pentateuco. Essas regras penais integravam o conjunto de leis judaicas conhecido como Torá, que segundo exemplificação didática de Ribeiro (2011), era assim dividido:

Dentro da Torah há um sistema de divisão legislativa. A organização permeia de acordo com a seguinte ordenação: Código da Aliança (Ex 20,22-23, 19), Código Deuteronômico (Dt 12 – 26), Código da Santidade (Lv 17 – 26), “Decálogo Siquemita” (Dt 27, 15 – 26), “Decálogo Cúltico” (Ex 34) e o “Decálogo Ético” (Ex 20 e Dt 5).

As regras de direito penal da Torá, provavelmente escritas no século XVII a.C., segundo Silva (1979, p. 21), foram avançadas para sua época, e tiveram como traços básicos os seguintes:

- a) Existência de castigos divinos, aplicados contudo aqui na Terra.
- b) Sentido eminentemente teocrático.
- c) Adoção do Talião, talvez por inspiração do Código de Hamurabi.
- d) Igualdade de todos perante a lei, mesmo estrangeiros e escravos.
- e) Adoção de multa no lugar da pena de amputação. (SILVA, 1979, p. 21)

A evolução dessas regras levou à adoção do Talmude, que considerava grave três tipos de delito: lesa divindade, os que atingiam a moral e os bons costumes. Como principais mudanças destacam-se: a substituição da pena de Talião por multa (como já ocorrera com a amputação), prisão e imposição de gravames físicos.

Praticamente extinguiu-se a pena de morte, que foi substituída pela prisão perpétua sem trabalhos forçados, bem como foi suavizada a imposição de açoites (SILVA, 1979, p. 22).

1.4 DIREITO PENAL ROMANO

Com a passagem da fase da vingança privada e da vingança divina, além da divisão dos delitos em *crimina publica* e *delicta privata*, o Direito Romano contribuiu também para o direito penal com "a criação de princípios penais sobre o erro, culpa (*leve* e *lata*), dolo (*bonus* e *malus*), imputabilidade, coação irresistível, agravantes, atenuantes, legítima defesa etc" (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 18).

Os tipos de penas aplicáveis eram *supplicium* (executava-se o delinquente), *damnum* (pagamento em dinheiro) e *poena* (pagamento em dinheiro quando o delito era de lesões) (BRASIL ESCOLA, 2014). As penas em relação à pessoa do acusado eram: perda de liberdade (escravização), trabalhos forçados, exautoração dos direitos de cidade, prisão, banimento e internação (os dois últimos eram diferentes do exílio, uma vez que se executavam dentro do Império) (LACERDA NETO, 2013).

Percebe-se assim que os romanos foram os primeiros que trouxeram critérios técnicos para a apuração de crimes, dando um caráter mais científico e racional à atividade, demonstrado na classificação dos crimes e no desenvolvimento dos princípios.

1.5 DIREITO CANÔNICO E DIREITO MEDIEVAL

No Direito Canônico, deu-se a influência da Igreja nos rumos da sociedade, aqui especificamente na atividade legislativa, em que ela contribuiu para humanização do Direito Penal, em que pese as segundas intenções de seus líderes de sobrepor o poder papal ao secular, objetivando a dominação religiosa.

Assim Mirabete e Fabbrini (2008, p. 19) definiram essa influência e suas consequências:

Proclamou-se a igualdade entre os homens, acentuou-se o aspecto subjetivo do crime e da responsabilidade penal e tentou-se banir as ordálias e os duelos judiciais. Promoveu-se a mitigação das penas que passaram a ter como fim não só a expiação, as também a regeneração do criminoso pelo arrependimento e purgação da culpa, o que levou, paradoxalmente, aos excessos da Inquisição. A jurisdição penal eclesiástica, entretanto, era infensa à pena de morte, entrando-se o condenado ao poder civil para a execução.

Importante contribuição aos sistema penal foi dada pela Igreja no Direito Canônico foi a criação das prisões para cumprimento da pena privativa de liberdade (BRASIL ESCOLA, 2014). "A prisão canônica era mais humana e mais suave que os suplícios e as mutilações do direito laico. O direito canônico serviu consideravelmente ao surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere à reforma do infrator." (COSTA NETO, 2013)

Já no Direito Medieval, o Direito Penal Canônico, influenciado pelo direito romano e bárbaro, retrocedeu em relação aos últimos avanços. Houve o recrudescimento das penas, com pretensão intimidatória, principalmente com a aplicação de penas cruéis, como a execução da morte por fogueira, afogamento, soterramento, enforcamento etc (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 19).

Assim, vê-se que, historicamente, o período deixou essas características marcantes. Se por um lado houve progresso com a substituição das mutilações pelas prisões, por outro o Direito Penal perdeu parte do caráter científico adquirido no Direito Romano, tendo em vista o retorno da influência religiosa personificada pelos líderes da Igreja.

1.6 PERÍODO HUMANITÁRIO

O Iluminismo, movimento cultural ocorrido no século XVIII (conhecido por isso como Século das Luzes), foi um celeiro de produções intelectuais que revolucionaram o conhecimento humano e marcaram grandes mudanças no mundo ocidental. Baseou-se na valorização do uso da razão para se buscar conhecimento sobre a natureza e torná-la útil para a humanidade.

Para o Direito Penal, a contribuição foi enorme. É nessa época que, segundo Nuvolone (*apud* MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 19): "o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os do fundamento do direito de punir e da legitimidade das penas."

Cesare Beccaria, o principal dos pensadores do tema nesse tempo, e do qual já se falou, propôs, como novo fundamento do Direito Penal, um fim utilitário e político que deve ser sempre limitado pela lei moral. Mirabete e Fabbrini (2008, p. 19-20) resumiram os princípios básicos pregados pelo filósofo:

1. Os cidadãos, por viverem em sociedade, cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos. Por essa razão, não se podem aplicar penas que atinjam direitos não cedidos, como acontece nos casos da pena de morte e das sanções cruéis.
2. Só as leis podem fixar as penas, não se permitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente.
3. As leis devem ser conhecidas pelo povo, redigidas com clareza para que possam ser compreendidas e obedecidas por todos os cidadãos.
4. A prisão preventiva somente se justifica diante da prova da existência do crime e de sua autoria.
5. Devem ser admitidas em Juízo todas as provas, inclusive a palavra dos condenados (mortos civis).
6. Não se justificam as penas de confisco, que atingem os herdeiros do condenado, e as infamantes, que recaem sobre toda a família do criminoso.
7. Não se deve permitir o testemunho secreto, a tortura para o interrogatório e os juízos de Deus, que não levam à descoberta da verdade.
8. A pena deve ser utilizada como profilaxia social, não só para intimidar o cidadão, mas também para recuperar o delinquente.

Outros dois importantes pensadores desse período foram John Howard, considerado o "pai" da Ciência Penitenciária, e que buscava a melhora das condições das prisões inglesas, e Jeremias Bentham, que influenciou a arquitetura penitenciária e para quem o fim precípua da pena era prevenir delitos, avançando na racionalização da aplicação da pena, que antes era vista com um mau sem finalidades (COSTA NETO, 2013).

1.7 A EVOLUÇÃO DOS ESTUDOS SOBRE O *IUS PUNIENDI* E A CHEGADA AO BRASIL DO DIREITO PENAL

A constituição do Estado marcou a defesa filosófica do fim das penas cruéis, em favor da pena de prisão com fins preventivo e ressocializador. Após o início desse estudo sistemático do Direito Penal, e baseadas no avanço desses pensamentos, surgiram as Escolas Penais, como a Escola Clássica, a Escola Positivista, e as escolas mistas, que conciliaram características de ambas, como a Escola Moderna Alemã e a Terceira Escola (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 20-23).

Essa fase moderna se destacou pela valorização dos princípios jurídicos no Direito Penal, bem como pelo cientificismo no estudo da criminologia, tanto no procedimento investigatório como na identificação de personalidades criminosas. Particularmente em relação à aplicação das penas, seu papel passou a ser o de proteger os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e recuperar (ambas as escolas) ou neutralizar (Escola Positivista) o criminoso. A Escola Moderna Alemã se notabilizou pelo avanço na legislação, com a criação do instituto das medidas de segurança, o livramento condicional, o *sursis*, entre outros (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 20-23).

Antes da colonização do Brasil, os indígenas que aqui viviam tinham sistemas rudimentares de Direito Penal, ligadas ao direito costumeiro, e que incluíam, a depender da tribo, a vingança privada, a vingança coletiva e o talião. Porém, dado seu primarismo, não influíram na nossa legislação (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 24).

Durante o período colonial, sucederam-se no direito pátrio as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, o Código de D. Sebastião e as Ordenações Filipinas. Nessa época, Portugal impunha ao Brasil e a suas outras colônias as leis vigentes na metrópole. Estas eram reunidas nas "Ordenações do Reino", levando o nome do rei que as havia instituído (CHAVES, 2014).

Com a Independência, veio o Código Criminal do Império, e com a República, o antigo Código Penal, substituído pela Consolidação das Leis Penais, que por sua vez deu

lugar ao atual Código Penal, com atuação complementada e reformada depois pela Lei de Execução Penal (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 24).

Dessa forma, há que se admitir que a linha do tempo do Direito no Brasil, bem como do Direito Penal, é semelhante à da independência política. Enquanto o país era colônia, o direito era normatizado pela metrópole. Somente com a instauração do Império houve atividade legislativa autônoma e, conseqüentemente, a produção de normas específicas para as características e necessidades locais.

1.8 AS ORDENAÇÕES AFONSINAS

Esse conjunto de leis, cuja compilação se iniciou no reinado de D. João I e terminou em 1446, já no reinado de D. Afonso V, entrando em vigor poucos anos depois, era organizado em cinco livros. Destes, o Livro V trata do Direito Penal, com influência do direito canônico e do direito romano (RIBEIRO JUNIOR, 2009).

Entre as penas previstas se destacavam a servidão penal, quando o ofendido podia tomar o agressor como escravo, e era aplicada especialmente a judeus e mouros que se passavam por cristãos; a prisão, que tinha caráter preventivo, objetivando impedir a fuga do réu antes do julgamento, bem como coagir o condenado a pagar penas pecuniárias; a morte, prevista para crimes como homicídio, estupro e adultério; degredo e banimento para colônias portuguesas, como o Brasil; além de açoites e mutilações (CHAVES, 2014).

Interessante observar o papel do Brasil nesse regramento, grosso modo, como um grande estabelecimento penal. Causa disso foi o tipo de colonização que Portugal reservou aos seus territórios ocupados. Enquanto nos Estados dos Unidos da América a colonização tinha como objetivo o povoamento, por aqui a intenção era meramente exploratória.

1.9 AS ORDENAÇÕES MANUELINAS

O rei D. Manuel I, de Portugal, buscava a modernização do sistema jurídicos português quando mandou criar suas Ordenações. Mas não conseguiu realmente inovar. A estrutura, com a divisão em cinco livros, era parecida com a anterior, bem como as penas não sofreram alterações significativas.

De significativo, em relação ao Direito Penal, houve a criação regras próprias a execução penal, especialmente para as penas privativas de liberdade. E em relação ao Brasil,

cumprir destacar que foi sob a vigência das Ordenações Manuelinas que se instalaram por aqui as primeiras instituições jurídicas, por meio das Capitanias Hereditárias (CHAVES, 2014).

De início, os mandatários das capitanias hereditárias, além de administrá-las, também exerciam o poder judicante nesses territórios. Contudo, ainda sob a vigência das Ordenações Manuelinas, se iniciou a estruturação do Judiciário como poder autônomo. Foi criado o cargo de Ouvidor da Comarca, cujas decisões eram recorríveis ao Ouvidor-Geral do Brasil.

1.10 AS ORDENAÇÕES FILIPINAS

As últimas ordenações do Brasil Colônia foi criadas a mando do rei Felipe II, da Espanha, que cumulava à época o trono de Portugal. Com a restauração da monarquia portuguesa, contudo, tais normas foram revalidadas por D. João IV, sendo aplicadas por aqui até a Independência, inclusive quando da estadia da corte de D. João VI no país (RIBEIRO JUNIOR, 2009).

As Ordenações Filipinas baseavam-se no direito penal dos tempos medievais. Conforme expuseram Mirabete e Fabbrini (2008, p. 24):

O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores. Eram crimes a blasfêmia, a bênção de cães, a relação sexual de cristão com infiel etc. As penas, severas e cruéis (açoites, degredo, mutilação, queimaduras etc.), visavam infundir o temor pelo castigo. Além da larga cominação da pena de morte, executada pela força, pela tortura, pelo fogo etc., eram comuns as penas infamantes, o confisco e as galés.

Importante ressaltar que as penas de suplício estavam em alta na Europa da Idade Moderna, principalmente na França. Foucault (2013), utilizando-se da definição da *Encyclopédie*, dizia que o suplício é uma "pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz". Mas ia além, agora com suas próprias palavras:

O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação - que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau zero do suplício - até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, por meio do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo: a morte suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em "mil mortes". [...] O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. [...] Em relação à vítima ele deve ser marcante: destina-se, ou pela cicatriz que deixa no corpo, ou pela

ostentação de que se acompanha, a tornar infame, não reconcilia, traça em torno, ou melhor, sobre o próprio corpo do condenado sinais que não devem se apagar; a memória dos homens, em todo caso, guardará a lembrança da exposição, da roda, da tortura ou do sofrimento devidamente constatados. E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo. O próprio excesso das violências cometidas é uma das peças de sua glória: o fato de o culpado gemer ou gritar com os golpes não constitui algo de acessório e vergonhoso, mas é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta em sua força. Por isso sem dúvida é que suplícios se prolongam ainda depois da morte: cadáveres queimados, cinzas jogadas ao vento, corpos arrastados na grade, expostos à beira das estradas. A justiça persegue o corpo além de qualquer sofrimento possível. (FOUCAULT, 2013, p. 35-36)

Se por um lado as Ordenações eram duras, principalmente contra hereges, apóstatas, feiticeiros, benzedeiros e outras "pessoas perigosas", além de escravos, por outro era mais branda com nobres, burocratas e pessoas de alto nível, que eram excluídas das chamadas "penas vis", como o açoitamento em público (CHAVES, 2014).

Especial rigor tinham as Ordenações Filipinas frente aos crimes de lesa-majestade e a sonegação de impostos. Sob sua égide tramitou o processo da Inconfidência Mineira, que resultou no enforcamento de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, e no banimento de vários outros líderes da insurreição.

1.11 O CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO

Com a Proclamação da Independência em 1822 e outorga da Constituição de 1824, influenciada pelos pensamentos filosóficos do Iluminismo, houve significativa mudança no Direito Penal brasileiro.

O artigo 179 da referida Constituição trazia algumas garantias aos direitos individuais, bem como extinguiu as penas cruéis, como se vê (BRASIL, 1824):

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

V. Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

[...]

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

Em que pese a determinação constitucional de urgência para a redação de um código criminal, só em 1830 ele foi sancionado, e foi assim definido por Mirabete e Fabbrini (2008, p. 24):

De índole liberal, o Código Criminal (o único diploma penal básico que vigorou no Brasil por iniciativa do Poder Legislativo e elaborado pelo Parlamento) fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de 14 anos. A pena de morte, a ser executada pela forca, só foi aceita após acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes pelo escravos.

Com o Código Criminal, a restrição da liberdade passou a substituir cada vez mais os castigos corporais. A pena de morte era cabível em três casos: homicídio agravado, latrocínio e insurreição de escravos. Eram previstas ainda as seguintes penas: galés, prisão por trabalho (que podia ser perpétua), prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão do emprego e açoites.

1.12 A REPÚBLICA E O CÓDIGO PENAL

Nas esteira da Proclamação da República e de outras grandes transformações na vida do país, como a libertação dos escravos, editou-se em 1890 o Código Penal, em substituição ao antigo Código Criminal.

Alem da mudança de nome, foram eliminados vários tipos penais, como os referentes aos escravos, já que essa figura não mais existia juridicamente. Decreto posterior, mas editado antes da entrada em vigor do Código, "extinguiu as galés, reduziu ao máximo de 30 anos as prisões perpétuas e estabeleceu que deveria computar-se na pena o período da prisão preventiva" (CHAVES, 2014).

Apesar de alguns avanços, o texto foi cercado de polêmicas. Assim resumiram Mirabete e Fabbrini (2008, p. 24-25):

Logo, foi ele alvo de duras críticas pelas falhas que apresentava e que decorriam, evidentemente, da pressa com que fora elaborado. Aboliu-se a pena de morte e instalou-se o regime penitenciário de caráter correccional, o que constituía um avanço na legislação penal. Entretanto, o Código era mal sistematizado e, por isso, foi modificado por inúmeras leis até que, dada a confusão estabelecida pelos novos diplomas legais, foram todas reunidas na Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto n. 22.213, de 14-12-1932.

Em 1º.1.1942 entrou em vigor o Decreto-lei n. 2.848, de 7.12.1940, que instituiu o Código Penal que até hoje é a nossa principal lei penal. Considerado moderno para a época, o estatuto repressivo mesclou postulados das escolas Clássica e Positiva. Seus princípios básicos, segundo Heitor Costa Junior (*apud* MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 25), "são: a adoção do dualismo culpabilidade-pena e periculosidade-medida de segurança; a consideração a respeito da personalidade do criminoso; a aceitação excepcional da responsabilidade objetiva".

Tentou-se a edição de novo Código Penal em 1969, com a substituição pelo Decreto-lei n. 1.004, de 21.1.1969, mas as críticas ao novo texto foram tão grandes que ele foi revogado. Assim, as alterações mais vultosas acabaram sendo as promovidas pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984, que alterou a parte geral do Código Penal (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 25-27).

Cabe ressaltar que o Direito Penal deve responder a uma política criminal, que é o modo de raciocinar esse ramo do Direito, orientando a criação e o controle de seus institutos com o objetivo de satisfazer suas finalidades. Assim, a criação e a aplicação de normas penais obedeceriam a parâmetros que indicassem a pacificação social desejada.

Salta aos olhos nessa abordagem do desenvolvimento do *Ius Puniendi* no Brasil a ausência de uma política criminal clara e definida. Não se vê um direcionamento do aparelho persecutório em direção a metas objetivas, pactuadas com a sociedade, tanto na elaboração de leis quanto na execução de políticas de segurança pública. Dessa forma, têm-se leis que buscam o abolicionismo penal se chocando com outras que buscam o Direito Penal máximo sendo executadas em estabelecimentos sem recursos materiais e humanos idôneos para o atendimento de umas ou outras.

2 AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL HODIERNAMENTE

O sistema repressivo brasileiro atualmente é regulamentado, além da legislação esparsa, pelo Decreto-lei n. 2.848/1940 (Código Penal), pelo Decreto-lei n. 3.689/1941 (Código de Processo Penal) e pela Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

As penas, sem prejuízo do disposto em leis especiais, são definidas pelo Código Penal, e sua aplicação é pormenorizada na Lei de Execução penal. Inicialmente, o Código Penal trazia a distinção entre penas principais (reclusão, detenção e multa) e acessórias (a perda da função pública, as interdições de direitos e a publicação da sentença) (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 251).

O texto do *codex* repressivo hoje distingue literalmente as penas entre: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; e III - de multa (BRASIL, 1940). Porém, segundo Mirabete e Fabbrini (2008, p. 251), pode-se distinguir no texto atual as penas comuns, que seriam as privativas de liberdade (reclusão e detenção) e multa, e as penas alternativas ou substitutivas (restritivas de direito). Outrossim, observa-se que, em alguns casos, a multa também pode ser substitutiva da pena privativa de liberdade aplicada. Cumpre observar ainda que as penas acessórias continuam previstas no artigo 12 da Lei das Contravenções Penais (BRASIL, 1941).

Algumas das antigas penas acessórias foram transformadas em restritivas de direitos, como a proibição do exercício de cargo ou a suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo. A perda da função pública ou mandato eletivo e a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela foram transformadas em efeitos da condenação, devendo ser declaradas em sentença.

Foi extinta a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício de autoridade marital, ante a evolução legislativa que busca igualar os direitos e deveres dos gêneros na relação matrimonial. Também se extinguiu a pena de publicação da sentença, por se entender ser ela infamatória (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 251-252).

Interessante apontar que a condenação à incapacidade para o exercício da autoridade marital ainda tem seu procedimento previsto no Código de Processo Penal (artigo 693), ante o fato de a norma processual não ter sido atualizada para se adequar ao direito material.

Mirabete e Fabbrini (2008, p. 252) listam ainda outras penas previstas na legislação especial:

A prisão simples (LCP), a pena de morte (crimes militares em tempo de guerra), a prisão, a suspensão de exercício do posto e a reforma (CPM), a prisão em separado em regime especial (Lei de Imprensa), a multa reparatória (CTB), a advertência sobre os efeitos das drogas e o comparecimento a programa ou curso educativo (nova Lei de Tóxicos) etc.

Segundo Beccaria (2013, p. 52), essa multiplicidade deve existir para se aplicar moderadamente a pena, de forma proporcional ao delito praticado. Afirmo ele: "Entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado."

Mas ele vai além. Essa proporcionalidade, além de considerar a gravidade do crime, deve considerar também a atual situação vivida pelo estado em relação à educação dos cidadãos e à repressão ao crime (BECCARIA, 2013, p. 54):

O rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado selvagem. Para abater o leão furioso é necessário o raio, cujo ruído só faz irritá-lo. Entretanto, à medida que as almas se abrandam no estado de sociedade, o homem se torna mais sensível; e, se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas devem ser menos rigorosas.

Assim, Beccaria previa que o Direito Penal deveria acompanhar a evolução da civilização dentro de cada estado. Ou seja, acreditava na necessidade de uma lei dura para que as vedações a algumas condutas fossem entendidas pelo povo sem instrução ou cultura. Mas também que essa lei deveria ser flexibilizada quando do "abrandamento das almas", como condição para manutenção do estado de relações gerado pela norma.

Ainda sobre proporcionalidade, Beccaria (2013, p. 71-72) exemplifica como ela deve ser mensurada, e ressalta a importância da sabedoria do legislador para estatuí-la:

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas também que os delitos mais funestos à sociedade sejam mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes, à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.

[...]

Se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decide-se-á mais facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajoso; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição, tão notória quanto frequente, de que as leis terão de punir os crimes que fizeram nascer.

[...]

Se se estabelecer um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante, em breve não se fará mais nenhuma diferença entre esses delitos; destruir-se-ão no coração do

homem os sentimentos morais, obra de muitos séculos, cimentada por ondas de sangue, estabelecida com lentidão sobrepujando mil obstáculos, edifício que só se pode levantar com o socorro dos mais sublimes motivos e o aparato das mais solenes formalidades.

[...]

O legislador deve ser um arquiteto hábil, que saiba ao mesmo tempo empregar todas as forças que podem contribuir para consolidar o edifício e enfraquecer todas as que possam arruiná-lo.

[...]

Bastará, contudo, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas proporcionadas aos delitos e que, sobretudo, não aplique os menores castigos aos maiores crimes.

Por fim, se deve aplicar a proporcionalidade às penas, inclusive às mais rígidas, ante a sua imprescindibilidade na sociedade. Em que pese sua severidade, elas são necessárias. Então, se busca a suavização, permitindo uma maior rigidez nos casos de condutas com maior grau de reprovação.

Acredita-se que criminosos sempre existirão, independentemente de repressão. Já os inocentes podem desacreditar das leis se forem condenados sem as transgredir, sendo tentados a também delinquir, já que não haverá diferença na hora da condenação.

Por essas razões, o Estado brasileiro, na atividade legiferante penal, busca aplicar o princípio da proporcionalidade elencando as penas e seus cabimentos, bem como os critérios para substituí-las ou sustá-las, como a suspensão condicional da pena, o livramento condicional etc.

2.1 AS ESPÉCIES DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Não há como negar que tirar a liberdade de um ser humano e encarcerá-lo é algo difícil. Muito se fala hoje na falência do sistema prisional, com o crescimento descontrolado da criminalidade, em que pese a também crescente lotação das cadeias. Entretanto, essa medida é necessária em casos, entre outros, de delinquentes de alta periculosidade, como reconhecem Mirabete e Fabbrini (2008, p. 252).

Em relação às penas em geral, Beccaria (2013, p. 52) afirmava que "o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido. [...] Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime".

Assim, tenta-se evitar ao máximo o confinamento de possíveis transgressores da lei penal, por meio da diferenciação de regimes e da progressão entre eles, ou, como já dito, pela substituição da prisão em crimes com previsão de penas de curta duração. Tal espírito norteia

o atual Código Penal, alterado pela Lei n. 7.209/1940, trazendo esta em sua exposição de motivos o seguinte (*apud* MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 253):

Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas. Fê-lo, contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nesta área.

No gênero penas privativas de liberdade no Direito Penal brasileiro temos, então, as espécies reclusão e detenção, sendo a primeira a mais gravosa. As leis penais cuidam de aplicar o princípio da proporcionalidade ao definir em abstrato a pena cabível. Mas essa aplicação também é complementada pela atuação do órgão julgador, ao aplicar a norma ao caso concreto, já que o artigo 59 do Código Penal atribui ao juiz o dever de fixar a pena definindo o gênero e a espécie, a quantidade, o regime inicial para os casos de penas privativas de liberdade, e eventuais substituições cabíveis.

2.2 RECLUSÃO E DETENÇÃO

Para Mirabete e Fabbrini (2008, p. 253), a diferença entre essas duas espécies de penas privativas de liberdade hoje no Direito Penal brasileiro, seguindo uma tendência moderna de unificação do sistema prisional, é puramente formal. Essa tendência é explicada por Everardo da Cunha Luna (*apud* MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 253):

A unificação das penas privativa de liberdade, além de fundamentada cientificamente, inspirou-se, como diz Germain, na ideia da individualização da pena, o que conduz à criação de estabelecimentos penais diferentes, destinados a regimes variados, chegando Marc Ancel a escrever, graficamente, que "é a unificação legal que permite uma diversificação penitenciária que torne possível o tratamento individualizado".

Nesse sentido foi também o legislador constituinte, uma vez que a Constituição Federal prevê, no artigo 5º, XLVIII (BRASIL, 1988), que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado".

Assim, enquanto na situação anterior havia diferença na execução, como um facultativo isolamento absoluto, hoje a diferenciação é feita pelos regimes aplicados, que por sua vez, se referem a um tipo específico de estabelecimento. Na reclusão, o cumprimento da pena se dá em três regimes (fechado, semiaberto e aberto), enquanto que na detenção ele se restringe apenas aos dois últimos. A exceção é a regressão de regime, caso em que o

condenado à detenção poderá ir para o regime fechado. A regressão, prevista no artigo 118 da Lei de Execução Penal, ocorre quando: a) o condenado pratica crime doloso ou falta grave; b) sofre condenação por crime anterior que, somada à pena atual

Ainda considerando o aspecto formal, a espécie pode trazer duas consequências. Se ao crime é cominada a pena de detenção e o acusado é inimputável, o juiz pode substituir a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico por tratamento ambulatorial (art. 97, CP). Por outro lado, se ao mesmo crime é cominada a pena de reclusão, se deverá obrigatoriamente internar o eventual condenado. Outrossim, segundo o artigo 92, II, do Código Penal, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, como efeito da condenação, só ocorre em crimes cuja cominação legal seja de reclusão (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 254).

Quanto ao cabimento dos regimes, Mirabete e Fabbrini (2008, p. 255-256) assim resumiram sua evolução no Direito Penal pátrio recente:

Com a modificação do sistema de penas do Código Penal, efetuada pela Lei n. 6.416/77, os condenados foram divididos, para efeito do cumprimento da reclusão e detenção, em perigosos e não-perigosos. Os primeiros ficavam sujeitos sempre ao regime fechado, e os outros podiam iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto, quando imposta pena até oito anos, ou passar a este após ter cumprido um terço em regime fechado quando ultrapassasse esse limite. Podiam também cumprir a pena em regime aberto desde o início, quando não fosse superior a quatro anos, ou após um terço ou dois quintos em outro regime nas demais hipóteses. A Lei n. 7.209/84 afastou, porém, a distinção fundada na periculosidade, e os regimes de penas passaram a ser determinados pelo mérito do condenado e, em sua fase inicial, pela quantidade de pena imposta e pela reincidência.

Assim se mantém então a definição das espécies de penas privativas de liberdade, que considerou inicialmente para essa distinção a periculosidade, mas que hodiernamente considera critérios objetivos e subjetivos para a progressão, e quantidade de pena imposta e reincidência para fins de fixação de regime inicial.

2.3 EXAME CRIMINOLÓGICO

Para cumprir a Constituição Federal, considerando as características pessoais e a proporcionalidade da pena, e assim se individualizando a pena, faz-se o exame criminológico. Esse procedimento consiste em oportunizar ao preso sua reinserção social, observando-o e classificando-o, segundo interpretação de Mirabete e Fabbrini (2008, p. 254), que resumem a intenção do legislador ao inovar no ordenamento repressivo:

Segundo a exposição de motivos da Lei de Execução Penal, a gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente, determinantes da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará a fim de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar sua inserção no grupo com o qual conviverá, evitando-se também a transferência para o regime de semiliberdade ou de prisão albergue, bem como a concessão do livramento condicional, sem que os sentenciados estejam para tanto preparados, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.

Segundo a Lei de Execução Penal, tal exame deve ser realizado pela Comissão Técnica de Classificação, que assim deve ser constituída:

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social. (BRASIL, 1984)

Mais adiante, o texto legal regulamenta o trabalho da referida Comissão:

Art. 9º A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá:

I - entrevistar pessoas;

II - requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado;

III - realizar outras diligências e exames necessários. (BRASIL, 1984)

Em inteligência do artigo 8º da mesma Lei, após a sentença penal transitada em julgado, o exame criminológico será obrigatório para o condenado ao regime inicial fechado, mas será facultativo para o condenado ao semiaberto.

2.4 REGIME FECHADO

O regime fechado é assim disciplinado pela Lei de Execução Penal:

Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados). (BRASIL, 1984)

Ademais, assevera a Lei que a penitenciária masculina deverá ser construída em local afastado do centro urbano e a de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir o menor desamparado, cuja responsável esteja presa (BRASIL, 1984).

Aliás, tal faculdade em relação aos estabelecimentos femininos visa ao cumprimento do mandamento constitucional previsto no artigo 5º, L (BRASIL, 1988), que prevê que "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação", e ao determinado no Código Penal, em seu artigo 37 (BRASIL, 1940): "As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal[...]".

2.5 REGIME SEMIABERTO

No regime semiaberto, cabe o cumprimento da pena em colônia agrícola, industrial ou similar, segundo previsão do Código Penal. Já a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) elenca os seguintes requisitos para os estabelecimentos:

- Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.
- Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:
- a) a seleção adequada dos presos;
 - b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

Sobre a origem de tal regime prisional, bem com sua adaptação ao Brasil, lecionam Mirabete e Fabbrini (2008, p. 256):

A ideia da prisão semiaberta apareceu na Suíça com a construção da prisão de Witzwill. O estabelecimento situava-se na zona rural, abrigando sentenciados que trabalhavam como colonos de uma fazenda, com vigilância muito reduzida e confiando-se no sentenciado. Manoel Pedro Pimentel aponta as vantagens da prisão semiaberta: "O trabalho ao ar livre, nos estabelecimentos semiabertos, é muito gratificante para o preso, que assim retoma o gosto pela vida e cultiva os benefícios da convivência social". A constatação, porém, de que a maioria dos criminosos provém dos grandes centros urbanos levou o legislador pátrio a optar pela diversidade de estabelecimentos semiabertos, incluindo os industriais e similares.

Interessante notar o papel de local de transição que o regime semiaberto cumpre para os condenados a regime inicial fechado. Ao progredir de regime, o detento migraria para um ambiente sem tantas grades, com mais possibilidades de trabalho e interação, e não seria lançado do ambiente totalmente recluso do regime fechado direto para a convivência social do aberto.

2.6 REGIME ABERTO

O regime aberto é o que mais se aproxima do ideal de ressocialização do preso, uma vez que a regra nesse regime é o preso exercer atividades externas, recolhendo-se ao estabelecimento penal apenas à noite e nos dias de folga.

Mirabete e Fabbrini (2008, p. 256-257), sobre a origem a origem desse regime e sua introdução no Brasil resumiram:

A prisão aberta teve sua origem mais remota em 1868 quando no Estado de New York se fez a primeira experiência, especificamente por meio do *probation system*, ingressando depois no Direito britânico (1907), belga (1915), sueco (1918), tcheco-eslovaco (1919), australiano (1920) e francês (1951). No Brasil surgiu o regime com o Provimento nº XVI, de 1965, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, substituído no ano seguinte pelo de nº XXV. A grande vantagem do sistema é representada na obrigatoriedade de o preso trabalhar, preparando-o para o momento em que deixe a prisão definitivamente. Além disso, servirá para afastá-lo do ambiente deletério das prisões coletivas, mantendo-o em contato com a sociedade e com sua família.

A regulamentação do regime aberto é feita pelo Código Penal, no artigo 36:

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. (BRASIL, 1940)

Tal regulamentação é complementada pela Lei de Execução Penal:

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados. (BRASIL, 1984)

Desse modo, se verifica que, se o regime semiaberto serve de transição da total reclusão para a volta ao convívio social, o regime aberto representa, em casos de progressão, uma verdadeira reconquista parcial da liberdade. E a justificativa dessa liberdade parcial é justamente incutir responsabilidade no condenado, reintegrando-o à sociedade sob certas condições, como trabalhar, frequentar curso, pagar a pena de multa etc. Assim, tenta-se mostrar ao preso que a perenidade dessa responsabilidade o manterá fora do sistema prisional pelo resto de sua vida.

2.7 REGIME INICIAL

Quanto ao regime inicial, o Código Penal e as leis especiais preveem que o regime fechado se aplica obrigatoriamente aos condenados à reclusão reincidentes ou cuja pena supere oito anos (art. 33, § 2º, *a*, do CP), bem como aos condenados pelos crimes de tortura previstos na Lei n. 9.455/1997, à exceção dos incursos no § 2º do artigo 1º da referida Lei, e ainda aos sancionados pelos crimes previstos no artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, que incoerentemente também passou a regular o regime prisional do crime de tortura.

Importante ressaltar que, em relação ao último caso, há uma longa e histórica controvérsia. A redação original da Lei n. 8.072/1990, que trata dos crimes hediondos, previa no § 1º do artigo 2º que, no caso de cometimento desses crimes, além da prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e do terrorismo, o regime seria integralmente fechado.

Após reiteradas decisões, o Supremo Tribunal Federal assentou jurisprudência indicando a inconstitucionalidade do parágrafo citado, por entender que afrontava a Constituição Federal, e em específico o princípio da individualização da pena (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 258).

O Congresso Nacional, então, resolveu alterar a norma, adaptando-a ao entendimento jurisprudencial, e editou a Lei n. 11.464/2007, dando nova redação ao referido parágrafo, e determinando apenas que o regime inicial seria obrigatoriamente fechado. Acontece que o novo texto também foi levado ao Supremo sob o mesmo argumento, ou seja, o de afronta ao

princípio constitucional da individualização da pena. De novo, a Corte Constitucional reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo e lhe negou eficácia.

Em meio a essas idas e vindas legislativas e jurisprudenciais sobre a aplicação do regime inicial fechado, importante frisar o entendimento predominante sobre a eficácia dessas leis no tempo, como destacam Mirabete e Fabbrini (2008, p. 258):

Tem-se entendido que o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade é matéria de direito penal, de modo que as regras jurídicas que tratam do assunto estão sujeitas aos princípios da retroatividade da lei mais benigna e da irretroatividade da lei mais severa. Assim, a fixação do regime fechado integral ou inicial previstos nas leis mencionadas não se aplica aos crimes cometidos antes da vigência delas, devendo o juiz estabelecer o regime inicial nos termos do art. 33 e seus parágrafos do Código Penal.

Segundo o Código Penal, podem iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto os condenados não-reincidentes à pena de reclusão superior a quatro anos e não excedente a oito (art. 33, § 2º, *b*). Em que pese o Código não prever o início do cumprimento em regime semiaberto e aberto aos reincidentes nas letras *b* e *c* do § 2º do art. 33, a Súmula 269 do STJ impõe que: "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

Já os condenados reincidentes à pena de detenção, qualquer que seja sua quantidade, e os não-reincidentes condenados à pena superior a quatro anos (art. 33, *caput*, segunda parte, e art. 33, § 2º, *b*), devem iniciar o cumprimento em regime semiaberto. Quanto ao regime aberto, só podem iniciar o cumprimento por ele os condenados não reincidentes com pena igual ou inferior a quatro anos, segundo o artigo 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

3 FUNDAMENTOS DO *IUS PUNIENDI* E A RESPONSABILIDADE ESTATAL PELO SISTEMA PENAL

Após a abordagem histórica da teoria da pena, bem como um breve relato sobre a progressão de regime no sistema penal brasileiro hoje, pretende-se neste capítulo analisar alguns fundamentos jurídicos do *Ius Puniendi*, além de princípios que o regem, e por fim averiguar obediência estatal a esses princípios e fundamentos.

É de se ressaltar a importância do cumprimento pelo Estado dos princípios basilares do direito penal, uma vez que, conforme demonstrado no primeiro capítulo, o poder público arrogou-se o direito de reprimir as condutas consideradas reprováveis, proibindo os particulares de fazê-lo.

Como leciona Nucci (2015, p. 51):

O monopólio de distribuição de justiça e o direito de punir pertencem, exclusivamente, ao Estado, sendo vedada, em regra, a autodefesa e a autocomposição. Há exceções, como a legítima defesa, forma de autodefesa autorizada pelo Estado, em situações emergenciais, bem como a transação, prevista na Lei 9.099/95, forma de autocomposição nas infrações de menor potencial ofensivo.

Assim, as limitações impostas a esse direito dizem respeito ao próprio Estado, tanto quanto ao seu poder de legislar, ou seja, tipificar condutas e cominar penas, quanto ao poder de executar o título judicial emanado de processo criminal em relação à aplicação das penas, que deve ser exercido respeitando-se os direitos dos apenados não atingidos pela condenação.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é uma das principais características do Estado de Direito, já que o vincula ao cumprimento das leis. Trata-se de importantíssima garantia individual, pois limita a atuação estatal à estrita obediência à lei, impedindo a liberalidade e o capricho dos eventuais detentores do poder. Importantes características da lei são a generalidade e a abstração.

A generalidade obriga o direcionamento da lei a todos os cidadãos e ao próprio Estado, impedindo a criação de leis casuísticas, que favoreceriam ou prejudicariam pessoas ou grupos determinados.

Segundo Zagrebelsky (2008, p. 29), a generalidade é garantidora da própria separação dos poderes do Estado:

A generalidade é, ademais, a premissa para a realização do importante princípio da separação dos poderes. Se as leis pudessem dirigir-se aos sujeitos considerados individualmente, substituiriam os atos da Administração e as sentenças dos juízes. O legislador concentraria em si todos os poderes do Estado. Se o direito constitucional da época liberal houvesse permitido esse desenlace, toda luta do Estado de direito contra o absolutismo do monarca seria substituída pela arbitrariedade de uma Assembleia, e dentro dessa pelas que houvessem constituído a maioria política. (ZAGREBELSKY *apud* GRECCO, 2015, p. 28)

Como consequência da generalidade como característica do princípio da legalidade, no sentido estritamente penal, atribui-se ao Poder Legislativo a exclusividade na criação de normas penais, como lecionam Gomes e Molina (2009):

O princípio da legalidade, com o significado de que tão-somente o Poder Legislativo é que pode fazer a escolha do que é punível, estabelecendo o preceito - descrição típica - e a sanção penal (da norma primária), tem como fonte principal de inspiração a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu. Desde então se tornou definitivamente inadmissível, em matéria penal, em razão dos seus diretos reflexos em relação a importantes direitos humanos fundamentais, que o Poder Executivo assumia a tarefa de definir crimes e descrever penas, posto que cuida de legítima e exclusiva função do legislador, que é o único representante do povo autorizado para tanto. (GOMES; MOLINA, 2009, p. 33-34)

Já a abstração impede que a lei se preste a regular todas as situações possíveis minuciosamente, e exige que se normatize abstratamente as condutas previstas.

A Constituição Federal, ao abrigar o princípio da legalidade, inscreveu-o no artigo 5º, inciso II, que afirma que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 1988).

Em matéria penal, o princípio da legalidade assevera que somente serão crimes as condutas expressamente previstas em lei, além de que essa previsão deve ser anterior ao ato tipificado como crime.

Segundo Greco (2015), as quatro funções fundamentais do princípio da legalidade em matéria penal são:

- 1ª) Proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);
- 2ª) proibir a criação de crimes e penas através dos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);
- 3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);

4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). (GRECO, 2015, p. 32-33)

No direito pátrio, essas funções foram cristalizadas na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (BRASIL, 1988).

Assim, o princípio da legalidade, com força constitucional, dá segurança jurídica aos indivíduos, com a certeza de que só serão considerados criminosos os atos praticados em vigência de lei que os definam como crimes, impedindo-se a retroatividade da lei penal que crie ou amplie tipos penais, ou ainda agrave as penas impostas.

Importante ressaltar a necessidade, baseada no princípio da reserva legal, de que a lei penal tenha em seu bojo uma definição precisa da conduta proibida, sendo incabíveis conceitos vagos ou imprecisos, como adverte Greco:

Esses conceitos vagos ou imprecisos seriam encontrados naqueles tipos penais que contivessem, por exemplo, em seu preceito primário a seguinte redação: "São proibidas quaisquer condutas que atentem contra os interesses da pátria". O que isso significa realmente? Quais são essas condutas que atentam contra os interesses da pátria? O agente tem de saber exatamente qual a conduta que está proibido de praticar, não devendo ficar, assim, nas mãos do intérprete, o qual, dependendo do momento político, pode, ao seu talante, alargar a sua exegese, de modo a abarcar todas as condutas que sejam de seu exclusivo interesse (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), como já aconteceu na história do Direito Penal no período da Alemanha nazista, da Itália fascista, e na União Soviética, logo após a Revolução bolchevique. (GRECO, 2015, p. 35)

Essa precisão, portanto, garante a generalidade da norma, já que tira do intérprete a arbitrariedade na aplicação do preceito ao caso concreto. Ou seja, a lei penal somente deverá ser aplicada quando verificada a existência de fato exatamente como narrado na tipificação legal.

Há ainda que se observar no Estado Constitucional e Democrático de Direito, não apenas a legalidade formal em direito penal, que é a observação dos procedimentos previstos constitucionalmente para a criação de leis penais, mas também a legalidade material, ou estrita legalidade, que é a obediência, pela lei nova, aos princípios insculpidos na Constituição, que visam a proteger os direitos e garantias individuais.

Segundo ensina Greco (2015), essa diferenciação entre legalidade formal e material cria outra condição para a efetiva entrada da nova lei penal no mundo jurídico além da vigência. Seria ela a validade, que é sua compatibilidade com a Constituição:

Da distinção entre legalidade formal e legalidade material ou substancial surge uma outra, qual seja, a diferença entre *vigência* e *validade* da norma penal. O conceito de vigência da lei penal estaria para a legalidade formal assim como o conceito de validade estaria para a legalidade material. A lei penal formalmente editada pelo Estado pode, decorrido o período de *vacatio legis*, ser considerada em vigor. Contudo, a sua vigência não é suficiente, ainda, para que ela possa vir a ser efetivamente aplicada. Assim, somente depois da aferição de sua validade, isto é, somente depois de conferir sua conformidade com o texto constitucional, é que ela terá plena aplicabilidade, sendo considerada, portanto, válida. (grifo do autor) (GRECO, 2015, p. 37)

Assim, o princípio da legalidade estrita exige que as normais penais passem incólumes pelo controle de constitucionalidade quanto ao seu conteúdo, além da forma. Controle esse que deve ser feito sempre pelo julgador, mesmo que na forma difusa, quando da aplicação da lei penal.

Especificamente na fase que este trabalho tem por escopo, a execução da pena, vê-se que o princípio da legalidade ainda é um ideal distante. Em que pese haver a observância, em geral, das normas constitucionais e legais garantidoras das liberdades individuais no inquérito policial e no processo judicial de conhecimento, a execução do julgado criminal parece não estar sujeito a essas normas.

Greco (2015) faz um retrato bastante crítico da inobservância do princípio da legalidade na execução da pena pelo Brasil e por alguns vizinhos:

Infelizmente, parece que, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando o agente que praticou a infração já se encontra cumprindo, efetivamente, a pena que lhe fora imposta pelo Estado, esquecemo-nos do princípio da legalidade. Esquecemo-nos que o condenado foi privado tão somente do seu direito de liberdade ambulatorial e que os demais permanecem intactos. (...) Em países da América Latina, a exemplo do que ocorre no Brasil, o desrespeito ao princípio da legalidade no âmbito penitenciário é gritante. Presos cumprem suas penas além do tempo que lhes fora imposto pelos decretos condenatórios; benefícios legais são postergados, sob o falso argumento do acúmulo de processos pela Justiça Penal; condenados são jogados em celas com outras pessoas sem que, para tanto, tenha sido levado a efeito o necessário processo de classificação, a fim de os separar de acordo com as infrações penais cometidas; os condenados às penas privativas de liberdade são colocados em celas superlotadas, enfim, o descaso com o princípio da legalidade, na fase da execução da, é evidente. (GRECO, 2015, p. 38-39)

Finalizando o tema, ele faz a séria advertência:

De nada adianta o Estado obedecer o princípio da legalidade desde a apuração do fato criminoso, com a inauguração do devido processo legal, com respeito ao contraditório e à ampla defesa, para, ao final, uma vez condenado o autor da infração penal, seus direitos serem desrespeitados na fase da execução da pena. (GRECO, 2015, p. 39)

Por fim, observa-se claramente que a não observância do princípio da legalidade na execução penal tira desse instituto seu caráter retributivo e ressocializador, fazendo com que a pena volte a ser mera vingança, retrocedendo no tempo e fazendo com a assunção do *Ius Puniendi* pelo Estado perca o sentido.

3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Consectário da generalidade da lei, que deve ser aplicada a todos, o princípio da igualdade impõe a igualdade de tratamento a todas as pessoas por essa mesma lei. Após a Revolução Francesa, que a colocou como objetivo principal da luta, ao lado da liberdade e fraternidade, a igualdade passou a ser importante garantia individual inserta nas Constituições modernas.

Filosoficamente, a igualdade se origina da busca pela justiça. A justiça seria, por um lado, cumulativa ou numérica, dando a todos de forma igual, e por outro distributiva, que trataria a todos de forma proporcional. Assim, haveria o tratamento igual quando todos estivessem em situação de igualdade, ou desigual, quando as condições fossem diversas.

Como ensinava Rui Barbosa, "tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real". Ou seja, a lei deve ter essa sensibilidade em diferenciar o tratamento dispensado a cada um, para efetivamente fazer justiça.

Na Constituição Federal, o princípio da igualdade tem guarida no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), justamente como a primeira garantia assegurada pelo importantíssimo artigo 5º, que afirma em seu *caput* que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes". Assim, o tratamento igualitário a todas as pessoas é pressuposto de todas as outras garantias e direitos previstos no restante do *caput*, bem como no rol disposto nos 78 incisos e quatro parágrafos do referido artigo.

Em Direito Penal, em que pese a importância do princípio, firmado nas Constituições e leis dos Estados Democráticos, por vezes ele é ignorado. Também crítico nesse sentido, Greco (2015) assevera:

No que diz respeito à Justiça Penal, podemos afirmar que o princípio da igualdade é um dos menos observados. Muito embora os países ocidentais não estejam mais vivendo um período em que se poderia identificar a classe dos nobres, imunes à aplicação da lei, percebemos que, quando o tema é a aplicação da lei penal, o

princípio da igualdade é constantemente violado, a exemplo do que ocorre no Brasil. Infelizmente, ainda nos dias de hoje, mesmo após anos a fio discutindo a necessidade de se tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, vemos que a aplicação da lei penal, em especial nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, ainda é dirigida a um público-alvo, vale dizer, aos pobres e miseráveis. A seletividade do Direito Penal é um sinal evidente de que o princípio da igualdade não está sendo observado em muitos países. Quando o autor da prática da infração penal, por exemplo, é uma pessoa sem "importância social", isto é, quando aquele que cometeu o delito pertence às camadas sociais mais baixas, com certeza, a lei será aplicada a ele com todo rigor. Ao contrário, quando o autor da infração penal frequenta as camadas sociais mais elevadas, faz parte de um seleto grupo que, inclusive, em algumas situações, possui o poder de conduzir o destino da Nação, integrando algum dos Poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), o tratamento que lhe é dispensado é completamente diferente. (GRECO, 2015, p. 41-42)

É de se questionar se essa diferenciação no "tratamento dispensado" no Brasil se dá apenas em casos específicos, considerando o estrato social do suspeito, ou se sua maior incidência não decorre da omissão do Estado, que deixa de apurar inúmeros crimes por falta de estrutura policial, e de condenar muitos acusados (principalmente os das "classes mais elevadas"), em razão da infinidade de recursos processuais que protelam a decisão final dos processos, causando a prescrição em muitos deles.

Representativas dessa omissão na apuração e solução de crimes em virtude da falta de estrutura das polícias são as estatísticas de solução de crimes, como os de homicídio, dos quais menos de dez por cento são solucionados, e o déficit de peritos criminais, estimado em mais de 30 mil profissionais, levando-se em consideração a recomendação mínima da Organização das Nações Unidas.

3.3 PRINCÍPIO DA JUSTICIALIDADE

O princípio da justicialidade, que nada mais é do que o acesso à Justiça, visa à efetividade de todos os direitos e garantias previstos nas normas jurídicas. Essa efetividade se dá com a possibilidade de se levar à apreciação do Poder Judiciário eventuais lesões ou ameaças ao direito.

Alguns dispositivos da própria Constituição Federal se prestam a esse papel. Primeiramente há o inciso XXXV do artigo 5º, que prevê que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito". O inciso XXXIV também traz garantia semelhante, em sua alínea *a*, que prevê "o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder" independentemente do pagamento de taxas (BRASIL, 1988).

Também nesse sentido são os incisos LXXVII ("são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania") e LXXIV ("o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos"). Mais adiante, a Defensoria Pública é incumbida de representar judicialmente a defesa dos direitos dos necessitados, como forma de universalizar o acesso à justiça, conforme disposto no artigo 134:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

Além dos dispositivos constitucionais, a Lei n. 1.060/1950, que regula a Assistência Judiciária Gratuita, prevê isenção de taxas e custos diversos do processo judicial aos necessitados.

Além do acesso, *lato sensu*, ao Judiciário, ou seja, a possibilidade de se ingressar em juízo para defender seus direitos, ativa ou passivamente, mesmo sem recursos financeiros, com representação pela Defensoria Pública e isenção de custas, há ainda outras garantias a se observar em relação ao efetivo acesso à Justiça, conforme pontuado por Greco (2015):

Ainda no que diz respeito à justicialidade, ou acesso à Justiça, não podemos nos esquecer que a aplicação da lei ao caso concreto somente será legítima se houver:

- a) a preservação do chamado *juiz natural*, ou seja, o juiz que, anteriormente à prática do fato, tinha competência para julgá-lo, vedando-se em consequência, os tribunais de exceção;
- b) o *due process of law*, permitindo-se o contraditório e a ampla defesa daquele contra quem foi proposta a ação;
- c) a publicidade dos atos processuais, como regra;
- d) a motivação das decisões judiciais;
- e) a proibição das provas obtidas ilicitamente;
- f) o direito a recorrer da decisão que lhe for contrária;
- g) o reconhecimento da presunção de inocência. (grifo do autor) (GRECO, 2015, p. 45-46)

Também essas garantias se encontram devidamente previstas em normas constitucionais e infraconstitucionais. Entretanto, Greco (2015) afirma que o princípio da justicialidade é mais um sobejamente garantido no sistema normativo pátrio, mas solenemente ignorado na prática, principalmente no processo penal, ante o estado incipiente e desaparelhado das Defensorias Públicas.

Fazendo um paralelo com a crítica à inobservância do princípio da igualdade, quanto à seletividade do Direito Penal por precariedade da estrutura policial ou por interesses de "poderosos", aqui se observa que a condição social do acusado faz efetivamente diferença, pois boas provisões financeiras permitem a contratação de muitos e bons advogados, com elevado conhecimento técnico para intentar os mais diversos recursos cabíveis, de forma fundamentada.

Advogado melhor preparado e com pouco clientes também tem mais capacidade de atuar perante diversos órgãos julgadores simultaneamente, logrando assim mais chances de sucesso em postergar o fim do processo em busca da prescrição do que um Defensor Público com pouca estrutura e muitos assistidos hipossuficientes para defender, o que fatalmente lhe acarretará uma grande carga de trabalho, comprometendo sua eficiência e tolhendo sua chance de se atualizar constantemente para melhorar sua capacidade técnica.

3.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Esse princípio é considerado um dos mais importantes a serem perseguidos pelo Direito, uma vez que para ele convergem muitos outros. Ele diz respeito à valorização do ser humano por sua própria condição humana. Independentemente de suas origens, de seus atos, de seus pensamentos e suas crenças, ele deve ser valorizado pelo simples fato de apresentar traços identificadores que a fazem única e irrepetível, mas também por compartilhar semelhanças com o restante da humanidade, como a razão, os sentimentos, os medos, a consciência etc.

Em relação à sua origem e evolução, Greco (2015) afirma:

Embora suas origens remontem à Antiguidade, o princípio da dignidade da pessoa humana é, basicamente, fruto da evolução filosófica ocidental, fundamentada na individualidade, na singularidade existencial, na liberdade e no respeito à vida, tendo como função precípua, portanto, a valorização do homem, em si mesmo considerado. Pode-se afirmar que essa evolução se deveu mais à cultura e à filosofia ocidentais em virtude da supremacia do homem, individualmente considerado, sobre o todo social, ao contrário do que ocorre, como regra, nos países orientais, onde o coletivo prevalece sobre o individual. (GRECO, 2015, p. 63)

Conferir valorização ao homem, tendo como pressuposto apenas sua condição humana, impõe negar sua instrumentalização, como filosofou Kant:

Admitindo porém que haja alguma coisa *cujá existência em si mesma* tenha um valor absoluto e que, *como fim em si mesmo*, possa ser a base de leis determinadas,

nessa coisa e só nela é que estará a base de um possível imperativo categórico, quer dizer de uma lei prática. Ora digo eu: — O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*. (grifo do autor) (KANT, 2007, p. 67/68)

Assim, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana tem por escopo a tutela da condição de humano do cidadão, ou seja, a proibição de sua redução a mera coisa, desprovida de autonomia, de pensamento, de vontade. Ele não deve ser usado como meio para satisfação de fim diverso, ou para satisfação do pensamento ou vontade de outrem, independentemente de suas condições.

Assim também se posiciona Sarlet:

Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como considerando os entendimentos colacionados em caráter exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido - e a doutrina majoritária conforta esta conclusão - primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). Importa, contudo, ter presente a circunstância de que essa liberdade (autonomia) é considerada em abstrato como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz. (SARLET, 2007, p. 368-369)

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana deve nortear o ordenamento jurídico, inclusive penal, que será ferramenta para proteger a dignidade das pessoas ante eventuais ofensas praticadas por seus semelhantes. Essa necessidade de que a ofensa à dignidade humana deve causar dano a outra pessoa que não o ofensor, é defendida por Roxin (2006), que exemplifica a condição:

A "dignidade humana" vem sendo recentemente utilizada na Alemanha e também na discussão internacional como um instrumento preferido para legitimar proibições penais. Segundo a concepção aqui defendida, tal será correto enquanto se trate da lesão à dignidade humana de outras pessoas individuais. [...] Pode-se dizer, p. ex., que a sodomia, isto é, a relação sexual com animais, viola a dignidade humana daquele que assim se comporta. Isso não seria, entretanto, justificativa para punir, pois, como repetidamente dissemos, o direito penal só tem por finalidade evitar lesões a outros. Impedir que as pessoas se despojem da própria dignidade não é problema do direito penal. Mesmo se se quisesse, p. ex., considerar o suicídio um desprezo à própria dignidade — o que eu não julgo correto —, este argumento não poderia ser trazido para fundamentar a punibilidade do suicídio tentado. (ROXIN, 2006, 39-40)

Cristalizado está nessa distinção o princípio da alteridade, que exige a ofensa a bem jurídico de outrem para a incidência de atuação do Direito Penal, excluindo dela a autolesão.

Roxin prossegue:

Muitas pessoas expõem-se a perigo: através de maus hábitos alimentares, do fumo, do álcool ou de outras atividades arriscadas, como a condução de automóveis velozes ou a prática de esportes perigosos. Esses comportamentos e a sua promoção por terceiros não constituem um objeto legítimo do direito penal, pois a finalidade deste é unicamente impedir que alguém seja lesionado contra a sua vontade. O que ocorre de acordo com a vontade do lesionado é uma componente de sua auto-realização, que em nada interessa ao Estado. É verdade que, na discussão internacional da teoria do direito, é altamente controvertido em que medida se legitima o paternalismo estatal, isto é, a proteção do indivíduo contra si próprio. Partindo-se da concepção aqui defendida, tal paternalismo só se justifica em casos de déficits de autonomia na pessoa do afetado (ou seja, em caso de perturbação anímica ou espiritual, coação, erro e similares) ou para fins de proteção aos jovens (a qual também decorre de uma responsabilidade limitada). (*sic*) (ROXIN, 2006, p. 44-45)

Entretanto, como destacado pelo próprio Roxin, a matéria é controversa. Representante da corrente contrária é Greco (2015), que entende que o princípio da dignidade da pessoa humana deve impedir a autolesão em alguns casos, como ele exemplifica:

A dignidade, por outro lado, poderá ser ponderada contra os próprios interesses daquele que a possui, e que pensa em dela dispor em determinada situação, podendo o Estado agir, ainda que coativamente, a fim de preservá-la, mesmo contra a vontade expressa de seu titular. Merece ser registrado o famoso caso decidido pelo Conselho de Estado da França, que concluiu por correta a decisão do prefeito da comuna de Morsang-sur-Orge determinando a interdição de um estabelecimento comercial que promovia, contrariamente à dignidade da pessoa humana, o *arremesso de anões*. Naquela oportunidade, os clientes do mencionado estabelecimento podiam divertir-se arremessando, de um lugar para outro, os anões que ali trabalhavam. Nesse caso, foi desconsiderado o interesse dos próprios anões, que recebiam quantias em dinheiro para serem "arremessados". (grifo do autor) (GRECO, 2015, p. 71)

Sarlet (2007) vai adiante e mostra que a dignidade humana também não depende do caráter e dos atos realizados pelas pessoas, ressaltando o caráter universal da abrangência do princípio:

Além disso, não se deverá olvidar que a dignidade — ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária — independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos — mesmo o maior dos criminosos — são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas — ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana — na esteira do que lembra José Afonso da Silva²³ — como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir — no sentido aqui acolhido — atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu

valor absoluto é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração. (SARLET, 2007, p. 367)

Assim, se por um lado o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do Direito Penal para preservar essa dignidade ao evitar lesões a direitos decorrentes de atos ilícitos, não pode o *Ius Puniendi* ferir a dignidade do próprio causador do ilícito, a não ser nos estritos termos autorizados pela lei, como a privação da liberdade ou a restrição de direitos específicos, em obrigatória obediência ao princípio da legalidade, sob pena de se reduzir a condição de humano do acusado.

A Constituição Federal prevê o princípio da dignidade pessoa humana como um dos fundamentos da própria República Federativa do Brasil. Ou seja, toda as ações e relações, públicas ou privadas, ocorridas sob a ordem jurídica brasileira deve obediência a esse princípio, constituindo sua inobservância séria afronta ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

Em relação à previsão constitucional da dignidade humana como princípio norteador dos sistemas normativos, leciona Greco (2015):

As Constituições democráticas, como regra, preveem expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que deverá ser entendido como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza afliativa, a exemplo dos açoites, das mutilações etc. Da mesma forma, estaria proibida a instituição da tortura, como meio de se obter a confissão de um indiciado/acusado (por maior que fosse a gravidade, em tese, da infração penal praticada). [...] Por outro lado, mesmo que a dignidade da pessoa humana não tivesse sido elevada ao *status* de princípio constitucional expreso, ninguém duvidaria da sua qualidade de princípio implícito, decorrente do próprio Estado Democrático de Direito, capaz, ainda assim, de aferir a validade das normas de nível inferior. (GRECO, 2015, p. 67)

Tal afirmação, quanto à não necessidade de se ter expressa a dignidade da pessoa humana no texto constitucional vai de encontro à previsão pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de tal princípio, bem como por outras normas de Direito Internacional.

Ademais, a obediência a esse princípio, como demonstrado por Greco (2015), obsta a adoção pelo Direito Penal de penas degradantes da condição humana do condenado. Assim, são vedados no Estado Democrático de Direito penas que reduzam a condição humana dos apenados, com as cruéis e afliativas. No Direito Penal brasileiro, são proibidas ainda, pelo

texto constitucional, as penas de morte, de banimento, de trabalhos forçados e de caráter perpétuo (BRASIL, 1988).

Tais proibições têm o condão de dar ao sistema penal pátrio a obrigatoriedade da ressocialização, mais do que a retribuição pela ofensa causada, visando à reinserção dos eventuais condenados no convívio social. Tal reinserção seria impedida ou seriamente comprometida em caso de morte, banimento, prisão perpétua ou exploração laboral do preso.

3.5 O DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO ESTADO NO SISTEMA PENAL

Como demonstrado nesse capítulo, o *Ius Puniendi* se submete a importantes princípios jurídicos. Eles são, portanto, limitadores do poder de punir. Toda ação estatal de repressão a condutas reprováveis pela sociedade, mesmo que mitiguem direitos fundamentais, como a liberdade, deve ser levada a efeito respeitando-se esses postulados, o que caracteriza, consequentemente, o respeito à condição humana de eventuais culpados.

Assim, o Estado, ao punir indivíduos apontados como agressores de bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, deve fazê-lo na estrita forma prescrita em lei. Isso significa dizer que um cidadão condenado à pena privativa de liberdade não deve ter quaisquer outros direitos retirados, salvo se forem incompatíveis com a reclusão.

Dessa forma, mesmo condenados à prisão, ou a penas alternativas, conservam seus direitos à vida, à saúde, ao lazer, à alimentação, educação, ao trabalho etc. Por óbvio, alguns direitos, como o trabalho, o lazer e a educação, serão limitados para os condenados reclusos. Mas essa limitação deve ser a menor possível. Assim é o que preveem normas infraconstitucionais como o Código Penal e a Lei de Execução Penal, e o que determina o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Entretanto, essa não é a regra quando se trata do sistema prisional brasileiro. Este está disposto num mundo jurídico paralelo, aparentemente fora da autoridade da Constituição Federal e dos fundamentos e princípios da República. Como sintetiza Greco (2015):

Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos, etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois não existem programas governamentais para sua reinserção social. [...] Parece que, além das funções que, normalmente, são atribuídas às penas, vale dizer, reprovar aquele que praticou o delito, bem como prevenir a prática de futuras infrações penais, o Estado quer vingar-se do infrator, como ocorria em um passado

não muito distante, fazendo com que se arrependa amargamente pelo mal que praticou perante a sociedade, na qual se encontrava inserido. O descumprimento, pelo delinquente, do "contrato social" parece despertar a fúria do Estado, que passa a tratá-lo com desprezo, esquecendo-se de que é portador de uma característica indissociável de sua pessoa, vale dizer, a sua dignidade. O Estado deixa de observar o princípio da dignidade da pessoa humana seja fazendo, ou mesmo deixando de fazer algo para preservá-la. (GRECO, 2015, p. 68)

Vê-se que o doutrinador faz um paralelo desse desrespeito à dignidade dos presos à fase da vingança pública do Direito Penal, ou seja, o estágio inicial do *Ius Puniendi* como monopólio estatal, demonstrando que, na prática, ao arrepio da legislação, que evoluiu, a execução penal regrediu.

Mas não apenas os condenados pela sentença criminal que tem sua dignidade aviltada pelo sistema penal pátrio. É fato que até a família deles também são afrontadas pela sanha vingativa que se apoderou do Estado, seja por ação, seja por omissão, e mais uma vez cabe a crítica de Greco (2015):

São incontáveis os casos de [...] constrangimento dos familiares, os quais, em situação de inferioridade, vão até o estabelecimento penitenciário à procura de seus entes queridos que, infelizmente, ingressaram na vida do crime. Neste último caso, são comuns as revistas consideradas vexatórias, ou seja, aquelas que colocam o revistado numa situação de extrema humilhação. No Brasil, as mulheres que pretendem visitar seus parentes ou amigos que se encontram presos são obrigadas a se despir, bem como a se agachar, nuas, a fim de que seja verificado pelos funcionários do sistema prisional se não trazem na de proibido dentro de seus próprios corpos, que poderiam encontrar-se "escondidos" em sua vagina ou ânus. [...] Assim, é comum esse tipo de revista vexatória em senhoras e crianças. A humilhação, como se percebe sem muito esforço, é tremenda. Isso faz com que as visitas aos presos sejam cada vez mais raras, afastando-os do convívio com a família e amigos, pois muitas dessas pessoas não estão dispostas a enfrentar esse tipo de constrangimento. (GRECO, 2015, p. 68-69)

Resta claro que essas agressões aos direitos de presos e de suas famílias refletem no papel ressocializador da pena. Os diversos problemas das instituições penais desestimulam o interesse do preso pela reinserção social, além de gerar rebeliões, piorando as condições carcerárias. Por outro lado, o estado de insegurança que assola os presidiários faz vicejar as organizações criminosas que vendem proteção dentro dos estabelecimentos prisionais, cobrando em troca a prática de crimes quando da libertação do apenado.

Desse modo, consequência inevitável será o aumento de crimes pelos egressos do sistema prisional, retirando o caráter preventivo da pena, além de obstar a ressocialização, levando ao crescimento excepcional da reincidência delitiva. O resultado final é a falência do sistema prisional, assunto do próximo item.

3.6 O FRACASSO DO ESTADO COMO TITULAR DO *IUS PUNIENDI*

Como já abordado no presente trabalho, o Direito Penal se orienta por alguns princípios e fundamentos basilares. Também se mencionou o flagrante desrespeito do Estado a esses princípios, quando do exercício do múnus de administrar a Justiça Penal.

Entretanto, não se trata apenas de falhas isoladas, em algumas frentes, mas de erros sistêmicos, que demonstram uma falha estrutural do sistema, que nem retribui a prática de delitos de forma justa, nem respeita seus pressupostos filosóficos e jurídicos mais básicos, e muito menos produz eficiência na tarefa de diminuir os conflitos sociais.

Primeiramente, há de se considerar que a área de atuação do Direito Penal é bem restrita, uma vez que ele só deve atuar como *ultima ratio*, ou seja, como último recurso do Estado para obrigar os respeito aos bens jurídicos que merecem proteção. Isso é o que preconiza o princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

Um dos argumentos a favor da intervenção mínima é o de que "a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos" (NUCCI, 2015). Assim, eventual ineficiência de seus dispositivos faz com que as normas penais percam sua razão de existir como ramo especial, com prerrogativas de sancionar severamente os indivíduos.

Aliás, Nucci (2015) demonstra esse "descrédito" de algumas normas penais no direito pátrio, como segue:

Atualmente, somente para exemplificar, determinadas infrações administrativas de trânsito possuem punições mais temidas pelos motoristas, diante das elevadas multas e do ganho de pontos no prontuário, que podem levar à perda da carteira de habilitação - tudo isso, sem o devido processo legal - do que a aplicação de uma multa penal, sensivelmente menor. (NUCCI, 2015, p. 25)

Importante ressaltar também o caráter deletério resultante da diferença de importância dada pelo Estado à execução de cada norma nesse caso específico. A deficiência de estrutura policial, além da morosidade dos processos judiciais, características da omissão estatal nos casos criminais, dificulta a aplicação da sanção penal. Já as infrações de trânsito, por permitirem o incremento das receitas governamentais de forma rápida e prática, ante a ausência de processo legal, como ressaltado por Nucci acima, têm sua fiscalização priorizada, por vezes com o uso do efetivo policial, que deveria estar combatendo crimes.

Em relação ao fracasso do Estado como detentor do *Ius Puniendi*, especialmente em relação ao gerenciamento dos estabelecimentos prisionais no Brasil, pode-se relembrar

diversos casos que mancharam a reputação do país como Estado Democrático de Direito. As ocorrências são emblemáticas, mas apenas representativas da enormidade de ocorrências diárias de problemas de no sistema prisional.

O caso mais famoso foi o da Casa de Detenção de São Paulo, o famoso Carandiru. Criado em 1920 e projetado para 1.200 presos, foi tido como modelo em seus anos iniciais, atraindo a atenção internacional pela excelência (GRECO, 2015, p. 174), viu sua história mudar drasticamente após os anos 1940, quando passou a enfrentar o problema mais comum do sistema prisional nacional: a superlotação. A solução do Estado para o problema foi o simples aumento de vagas, obviamente insuficiente em relação à demanda carcerária da época, como relata Greco:

Em 1956, uma nova tentativa de acomodar os presos foi levada a efeito com a construção de uma Casa de Detenção que ficava localizada no complexo penitenciário, aumentando sua capacidade para 3.250 detentos. Contudo, o problema da superlotação carcerária não foi solucionado. Pelo contrário. O complexo perdeu todo o seu formato original, e passou a ser considerado como um "celeiro" de presos, que eram amontoados como se fossem animais. O complexo chegou a abrigar aproximadamente oito mil presos, que "sobreviviam", não se sabe como, em um ambiente fétido, promíscuo e agressivo, onde eram frequentes os espancamentos, torturas e, até mesmo, as brigas entre grupos rivais, sobretudo nos últimos trinta anos, quando começaram a surgir facções criminosas ligadas, principalmente, aos crimes de extorsão mediante sequestro e tráfico de drogas. (GRECO, 2015, p. 174)

O resultado é bastante conhecido. Durante uma das muitas rebeliões ocorridas na Casa de Detenção, uma ação policial para tentar retomar o controle do interior da instituição acabou no que ficou mundialmente conhecido com "massacre do Carandiru" (GRECO, 2015, p. 175).

Característica da incapacidade do Estado brasileiro de gerir suas unidades prisionais é a funesta sequência desses escandalosos massacres. O Estado de Rondônia tem seu representante na lista.

A Casa de Detenção José Mário Alves, conhecida como Presídio Urso Branco, localiza-se na cidade de Porto Velho e foi criada na década de 1990. Com capacidade para 420 presos, o estabelecimento normalmente abriga 900 a mil detentos. Além da superlotação, problemas como péssima estrutura física da unidade, inexistência de atividades laborais e educativas, insalubridade das celas e escasso acesso à água formam o ambiente gerador de tragédias em série (CJP; JUSTIÇA GLOBAL, 2007).

O Relatório da Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e da Justiça Global afirma, em relação ao número de mortes ocorridas no Presídio Urso Branco decorrentes de rebeliões na década de 2000, que além de a cifra ser alta, o Estado de

Rondônia, responsável pela instituição, não tem certeza sobre ela, o que revela, além da ineficiência da política carcerária estatal, o descaso com o direito à vida das pessoas sob tutela do sistema prisional:

Quase 100 mortes em cinco anos: é este o saldo de presos assassinados nas dependências do presídio Urso Branco, consequência do total descaso do Estado brasileiro em relação a pessoas que estavam sob sua tutela. Os crimes ocorreram em situações de violência extremada, quando presos degolaram e mutilaram outros internos, em rebeliões e brigas de grupos rivais. Diante do alto número de assassinatos de presos, em 30 de julho de 2005, a CJP e a Justiça Global solicitaram à SEAPEN a relação de todas as mortes ocorridas no presídio. A referida Secretaria apresentou, muito posteriormente, duas listas distintas, contendo diversas contradições. Exemplificando, enquanto a lista de 8 de junho de 2006 informa que o detento Ocielio Emidio da Silva morreu na chacina de 11 de setembro de 2001, seu nome não consta na listagem da SEAPEN de três dias antes, elaborada em 5 de junho de 2006. Incompreensíveis são também as mortes relatadas em 5 de junho de 2006, que “desapareceram” da lista fornecida três dias depois. Das mortes relatadas na lista de 5 de junho de 2006, pelo menos 28 não aparecem na lista de 8 de junho de 2006. Ao mesmo tempo, das mortes relatadas na segunda lista de 8 de junho de 2006, em comparação com outras fontes, pelo menos dois nomes foram incluídos sem haver qualquer menção na primeira lista de 5 de junho de 2006. (CJP; JUSTIÇA GLOBAL, 2007, p. 12)

Resta claro que o Estado não se preocupa em ter o mínimo de controle sobre a situação carcerária, e muito menos leva em consideração a repetição desses morticínios. No exemplo do Presídio Urso Branco, diversas chacinas ocorreram em distintas ocasiões, sendo que isso não foi o bastante para se anunciar ou se efetivar uma solução definitiva para os problemas da Casa de Detenção.

A única saída acaba sendo a denúncia do Brasil à Corte Interamericana de Direitos Humanos, como em diversos outros casos, que resultaram em condenação do País. O último de grande repercussão foi o do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís, Estado do Maranhão. Diversas rebeliões, fugas e mortes no ano de 2014, mesmo após recomendação da Corte ao Estado brasileiro, em 2013, para que adotasse ações concretas para conter a onda de violência, resultaram em condenação diplomática do Brasil por descumprimento por violação de direitos humanos.

Se de um lado o Estado o falha ao aplicar penas decorrentes do *Ius Puniendi*, de outro não entrega os resultados esperados por sua atuação como repressor de condutas reprováveis. Demonstram isso os números assustadores do crescimento da violência no país, com destaque para o crime de homicídio, que atenta contra o bem jurídico mais importante do indivíduo: a vida. Abaixo, o gráfico retirado do relatório Homicídios e juventude no Brasil: Mapa da violência 2013 (WASELFISZ, 2013) mostra a evolução do número de óbitos no Brasil entre os anos de 1980 e 2011, identificando as suas causas.

Tabela 2.1.1. Estrutura da Mortalidade: Número e Taxas de Óbito (por 100mil) segundo Causa. População Total. Brasil. 1980/2011.												
Ano	Número						Taxas (por mil habitantes)					
	Total Óbitos	Externas	Transporte (1)	Suicídios (2)	Homicídios (3)	Violentas (1+2+3)	Total Óbitos	Externas	Transporte	Suicídios	Homicídios	Violentas (1+2+3)
1980	750.727	70.212	20.365	3.896	13.910	38.171	630,8	59,0	17,1	3,3	11,7	32,1
1981	750.276	71.833	19.816	4.061	15.213	39.090	619,3	59,3	16,4	3,4	12,6	32,3
1982	741.614	73.460	21.262	3.917	15.550	40.729	599,2	59,3	17,2	3,2	12,6	32,9
1983	771.203	78.008	20.636	4.586	17.408	42.630	610,1	61,7	16,3	3,6	13,8	33,7
1984	809.825	82.386	22.564	4.433	19.767	46.764	627,6	63,9	17,5	3,4	15,3	36,2
1985	788.231	85.845	24.937	4.255	19.747	48.939	598,8	65,2	18,9	3,2	15,0	37,2
1986	811.556	95.968	30.172	4.312	20.481	54.965	604,6	71,5	22,5	3,2	15,3	40,9
1987	799.621	94.421	28.135	4.701	23.087	55.923	584,6	69,0	20,6	3,4	16,9	40,9
1988	834.338	96.174	28.559	4.492	23.357	56.408	599,0	69,1	20,5	3,2	16,8	40,5
1989	815.774	102.252	29.423	4.491	28.757	62.671	575,6	72,2	20,8	3,2	20,3	44,2
1990	817.284	100.656	29.089	4.845	31.989	65.923	567,2	69,9	20,2	3,4	22,2	45,8
1991	803.836	102.023	28.455	5.186	30.750	64.391	547,5	69,5	19,4	3,5	20,9	43,9
1992	827.652	99.130	27.212	5.268	28.435	60.915	556,7	66,7	18,3	3,5	19,1	41,0
1993	878.106	103.751	27.852	5.555	30.610	64.017	579,4	68,5	18,4	3,7	20,2	42,2
1994	887.594	107.292	29.529	5.932	32.603	68.064	577,4	69,8	19,2	3,9	21,2	44,3
1995	893.877	114.888	33.155	6.594	37.129	76.878	573,7	73,7	21,3	4,2	23,8	49,3
1996	908.883	119.156	35.545	6.743	38.894	81.182	578,6	75,9	22,6	4,3	24,8	51,7
1997	903.516	119.550	35.756	6.923	40.507	83.186	566,0	74,9	22,4	4,3	25,4	52,1
1998	931.895	117.690	31.026	6.989	41.950	79.965	576,0	72,7	19,2	4,3	25,9	49,4
1999	938.658	116.894	30.118	6.530	42.914	79.562	572,5	71,3	18,4	4,0	26,2	48,5
2000	946.686	118.397	29.645	6.780	45.360	81.785	557,5	69,7	17,5	4,0	26,7	48,2
2001	961.492	120.954	31.031	7.738	47.943	86.712	557,8	70,2	18,0	4,5	27,8	50,3
2002	982.807	126.550	33.288	7.726	49.695	90.709	562,8	72,5	19,1	4,4	28,5	51,9
2003	1.002.340	126.657	33.620	7.861	51.043	92.524	566,7	71,6	19,0	4,4	28,9	52,3
2004	1.024.073	127.470	35.674	8.017	48.374	92.065	571,8	71,2	19,9	4,5	27,0	51,4
2005	1.006.827	127.633	36.611	8.550	47.578	92.739	546,6	69,3	19,9	4,6	25,8	50,4
2006	1.031.691	128.388	37.249	8.639	49.145	95.033	552,4	68,7	19,9	4,6	26,3	50,9
2007	1.047.824	131.032	38.419	8.868	47.707	94.994	553,4	69,2	20,3	4,7	25,2	50,2
2008	1.077.007	135.936	39.211	9.328	50.113	98.652	568,0	71,7	20,7	4,9	26,4	52,0
2009	1.103.088	138.697	38.469	9.374	51.434	99.277	580,0	72,9	20,2	4,9	27,0	52,2
2010	1.136.947	143.256	43.908	9.448	52.260	105.616	596,0	75,1	23,0	5,0	27,4	55,4
2011	1.170.498	145.842	44.553	9.852	52.198	106.603	608,4	75,8	23,2	5,1	27,1	55,4
Total	29.155.746	3.522.401	995.284	205.890	1.145.908	2.347.082						
Crescimento %												
1980/90	8,9	43,4	42,8	24,4	130,0	72,7	-10,1	18,4	18,0	2,7	89,9	42,6
1990/00	15,8	17,6	1,9	39,9	41,8	24,1	-1,7	-0,2	-13,5	18,8	20,3	5,3
2000/11	23,6	23,2	50,3	45,3	15,1	30,3	9,1	8,7	32,6	28,3	1,6	15,0
1980/11	55,9	107,7	118,8	152,9	275,3	179,3	-3,5	28,5	35,3	56,4	132,1	72,8

Fonte: SIM/SVS/MS

Verifica-se que o homicídio, além de crescer em virtude do crescimento da população, cresceu muito mais do que qualquer outra causa de óbito no período pesquisado. Na verdade se verifica inclusive que, percentualmente, considerando a taxa por mil habitantes, o número total de óbitos diminuiu, ao contrário dos homicídios.

Em comparação com outras nações, verifica-se a enorme tragédia que é a segurança pública brasileira. O gráfico abaixo mostra a taxa de homicídios por 100 mil habitantes nos doze países mais populosos do mundo (WAISELFISZ, 2013).

Tabela 2.2.2. Número e Taxas de Homicídio (por 100mil) nos 12 países mais populosos do mundo.					
País.	Ano	População (milhões)	Homicídios		Fonte
			Número	Taxa (por 100mil)	
China	2010	1.339,20	13.410	1,0	Unodc
Índia	2010	1.184,60	41.726	3,4	Unodc
USA	2010	301,6	16.129	5,3	Whosis
Indonésia	2008	234,2	18.963	8,1	Unodc
Brasil	2010	190,8	52.260	27,4	SIM/MS
Paquistão	2010	170,3	13.208	7,6	Unodc
Nigéria	2008	164,4	18.422	12,2	Unodc
Bangladesh	2010	158,3	3.988	2,7	Unodc
Rússia	2010	142,5	18.951	13,3	Whosis
Japão	2011	125,8	415	0,3	Whosis
México	2011	112,5	24.829	22,1	Whosis
Filipinas	2008	96,1	12.523	13,0	Whosis

Fontes:

SIM/MS: Sistema de Informações de Mortalidade/MS

Unodc: United Nations Office on Drugs and Crime

Whosis: Sistema de Estatísticas da OMS

Nota-se que, nesse universo, que por envolver países com grandes populações permite mais justiça a esse tipo de comparação, o Brasil lidera as listas de cadáveres tanto em números absolutos quanto proporcionais. O número total de mortes é 25% maior que o da Índia, segunda colocada no quesito, enquanto que a taxa por 100 mil habitantes é 23% superior à do vice-líder México.

O mesmo Relatório traz ainda outro número assustador. Compara o número de mortes por homicídio no Brasil entre os anos de 2008 e 2011, que foi de 206.005 vítimas. No mesmo período, as mortes ocasionadas pelos 12 maiores conflitos armados (guerras internacionais, guerrilhas, guerras civis etc.) pelo mundo, que responderam por 81,4% das mortes por

conflitos desse tipo, somaram 169.574 vítimas! O número do Brasil, país sem disputas territoriais ou conflitos étnicos, é 21% maior (WAISELFISZ, 2013).

Entre as causas de tamanha falta de controle sobre o crescimento da criminalidade, merece destaque o baixo índice de finalização de inquéritos policiais. Segundo o Conselho Nacional do Ministério Público, em Relatório sobre o cumprimento da Meta 2, cujo objetivo era a finalização dos inquéritos que investigavam homicídios dolosos instaurados até 31 de dezembro de 2007 e em tramitação ainda em 2010, 134.944 procedimentos foram identificados nessa situação.

Em que pese o esforço envidado pela força-tarefa capitaneada pelo Conselho Nacional do Ministério Público e que envolveu, além do próprio *Parquet*, as polícias judiciárias, o Judiciário e Ministério da Justiça, a tentativa de cumprimento da Meta 2 resultou em apenas 8.287 denúncias e 1.148 desclassificações. 33.688 inquéritos foram arquivados e o restante continuou em tramitação após a confecção do Relatório.

Ou seja, apesar de o órgão de controle administrativo do Ministério Público comemorar certo sucesso na busca de se realizar a Meta 2, verifica-se que ainda é muito pouco para dar uma resposta à sociedade quanto ao efetivo controle da criminalidade por meio do *Ius Puniendi*.

Entre as razões apuradas no referido Relatório para a dificuldade na conclusão dos inquéritos policiais estão a falta de estrutura humana e material da Polícia Judiciária. Dados colhidos em sua confecção mostraram que, nos 10 anos anteriores, não houve aumento do efetivo policial em doze unidades federativas, apesar do aumento da população e dos crimes no período. Além disso, muitos estados estavam com defasagem nos quadros de servidores da Polícia Judiciária, mas não haviam realizado concurso ou provimento de vagas nesse período.

Além da defasagem no quadro geral de pessoal das polícias, o déficit no número de profissionais da polícia técnica é ainda mais importante nesse caso. Como os homicídios dependem muito da prova técnica para sua elucidação, é evidente que essa defasagem é crucial para o arquivamento sem solução de inquéritos.

Importantes causas apontadas também foram a falta de material, como computadores e equipamentos periciais, e as ineficientes rotinas de tramitação dos procedimento de apuração nas delegacias e destas para o Ministério Público e o Judiciário.

Desse modo, forçoso concluir que o Estado falha nessas duas principais frentes do Direito Penal: na apuração dos delitos, e na aplicação das penas. Assim, a seara jurídica se vê envolta em um problema que, apesar de originariamente jurídico, por se tratar da tutela dos mais importantes bens jurídicos da sociedade, hoje é eminentemente político, ante a omissão

dos dirigentes do Estado em buscar sua solução. Entretanto, essa solução está fora do alcance do mundo jurídico? Devem os operadores do Direito ficar fora desse debate? O próximo capítulo demonstrará que não.

4 AS ALTERNATIVAS PARA O RESGATE DO *IUS PUNIENDI* COMO FERRAMENTA EFETIVA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

O problema apresentado nos capítulos anteriores, referente às falhas do Estado ao desempenhar seu múnus de responsável pelo *Ius Puniendi*, levantou, além uma questão jurídico-penal, em relação à aplicação de penas pelo Direito Penal, outra questão jurídico-política, em relação às omissões do Estado no gerenciamento de instituições prisionais e na apuração de delitos, que resultam na ineficiência do sistema penal como inibidor de crimes e no cometimento de diversas violações a direitos fundamentais pelo próprio Estado.

Assim, o cerne da questão está em como deve ser tratado o Direito Penal como forma de pacificação social, com objetivo de reparar os delitos perpetrados contra os bens jurídicos mais importantes das pessoas, e quanto ao seu futuro no panorama jurídico.

Muito se debate hoje, então, que rumo deve tomar o Direito Penal, uma vez que a inflação legislativa em matéria penal, tanto com a criação de novos tipos quanto com o endurecimento de penas, não teve o condão de reduzir as práticas delituosas, que em verdade aumentaram.

Roxin (2006) aborda o tema em um artigo cujo título é justamente "Tem o futuro o Direito Penal?". Ele justifica assim essa pergunta:

É verdade que o direito penal certamente é uma instituição social muito importante. Ele assegura a paz infra-estatal e uma distribuição de bens minimamente justa. Com isso garante ao indivíduo os pressupostos para o livre desenvolvimento de sua personalidade, o que se compreende entre as tarefas essenciais do estado social de direito. Mas enquanto outras conquistas culturais, como a literatura, as artes plásticas e a música, bem como numerosas ciências, desde a arqueologia, passando pela medicina, até a pesquisa pela paz (*Friedensforschung*), são valiosas em si mesmas e mal necessitam de uma justificação, de modo que todos se engajariam alegremente pelo seu futuro, no direito penal a situação é distinta. Também aquele que deseja e profetiza um longo futuro para o direito penal terá de conceder que a justiça criminal é um mal talvez necessário e que, por isso, se deve promover —mas que continua sendo um mal. (ROXIN, 2006, p. 1-2)

Esse pensamento se justifica ante as características próprias do Direito Penal, que tem prerrogativas de mitigar direitos fundamentais do ser humano, sendo o principal deles o direito à liberdade.

4.1 O ABOLICIONISMO PENAL

Segundo essa linha de pensamento, o Direito Penal em sua forma atual, com o encarceramento como pena para muitos delitos, não tem funcionado como forma de prevenir delitos, causando apenas superlotação de presídios e altos níveis de reincidência.

Isso posto, propõe-se a extinção do Direito Penal da forma como se conhece hoje, por meio da descriminalização, que seria deixar de considerar algumas condutas como infrações penais, e da despenalização, ou seja, a supressão da pena para a prática de certas condutas, que continuariam a ser consideradas delituosas.

Nucci (2015), sem defender a adoção dessa ideia, teoriza:

A maioria dos crimes cometidos não seria nem mesmo levada ao Judiciário, porque não descoberta a autoria ou porque não conhecida da autoridade policial a sua prática, querendo isto dizer que a sociedade teria condições de absorver os delitos cometidos sem a sua desintegração. Portanto, a descriminalização e a despenalização de várias condutas, hoje consideradas criminosas, poderiam facilitar a reeducação de muitos delinquentes, mediante outras formas de recuperação. (NUCCI, 2015, p. 351)

A ideia seria legalizar o que já ocorre na prática: como uma série de crimes ocorre recebe a devida retribuição estatal, esses delitos seriam desconsiderados como tal, mudando-se o foco da punição para a reeducação dos agressores das normas, bem como para reparação do dano.

Na sequência, Nucci (2015) elenca alguns princípios que norteariam essa nova atuação do Estado na prevenção dos conflitos sociais, dentre eles o atendimento prioritário à vítima, a guerra contra a pobreza e a legalização das drogas.

Entretanto, a postura geral é de ceticismo em relação a essas propostas. O próprio Nucci (2015, p. 352) esclarece que "*o abolicionismo penal é somente uma utopia, embora traga à reflexão importantes conceitos, valores e afirmativas, demonstrando o fracasso do sistema penal atual em vários aspectos, situação que necessita ser repensada e alterada*" (grifo do autor).

Esse caráter utópico da teoria do abolicionismo penal também é lembrado por Roxin (2006), que vê uma inspiração meramente romântica na ideia de se extinguir delitos e penas:

Se tais suposições são realistas, o futuro do direito penal só pode consistir em sua abolição. Mas, infelizmente, a inspiração social-romântica de tais idéias é acentuada demais para que elas possam ser seguidas. Uma sociedade livre do direito penal pressuporia, antes de mais nada, que através de um controle de natalidade, de mercados comuns e de uma utilização racional dos recursos de nosso mundo se

pudesse criar uma sociedade que eliminasse as causas do crime, reduzindo, portanto, drasticamente aquilo que hoje chamamos de delinquência. (ROXIN, 2006, p. 3-4)

Assim, pelos menos em tese, essa teoria é inaplicável nas sociedades atuais, mas em especial no Brasil, dado o nível de conflito social em que o país está, mas também pelos pressupostos utópicos da formulação.

4.2 O DIREITO PENAL MÁXIMO

Essa teoria vai em sentido totalmente contrário ao do abolicionismo penal. Trata-se então do recrudescimento da persecução estatal aos indivíduos praticantes de condutas delituosas, com o objetivo de punir o máximo possível de infrações.

Segundo Nucci (2015, p. 352-353), "*o direito penal máximo é um modelo de direito penal caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas, voltado à garantia de que nenhum culpado fique impune, ainda que à custa de algum inocente*" (grifo do autor).

O exemplo mais usado para demonstrar essa teoria, geralmente com conotação negativa, é o dos Estados Unidos da América. Greco (2015) afirma:

Os Estados Unidos da América do Norte se destacaram, negativamente, no que diz respeito ao sistema carcerário, uma vez que, naquele país, existe uma verdadeira cultura da prisão devido à adoção de um movimento duro de aplicação das penas, denominado movimento de lei e ordem. (sic) (GRECO, 2015, p. 169)

Pesa contra esse sistema a severidade na aplicação das penas, inclusive para delitos menos graves, sob a premissa de que se estaria evitando que o agente cometesse delitos mais sérios. Punir-se-iam os delitos de vadiagem e mendicância, por exemplo, para evitar futuros roubos e furtos. Haveria, então, incompatibilidade com o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, e com o princípio da proporcionalidade.

No Brasil, os obstáculos à aplicação dessa teoria seriam o custo, já que uma política de "tolerância zero" exigiria muito mais vagas nos estabelecimentos prisionais que já hoje são superlotados, além das condições socioeconômicas da população, que ainda tem muitos mendigos e moradores de rua, que seriam penalizados por mendicância ou vadiagem, aumentando exponencialmente o número de encarcerados.

4.3 O GARANTISMO PENAL

Anunciado como o meio-termo entre o abolicionismo penal e o Direito Penal máximo, é apontado como o futuro factível do Direito Penal, além de ser indicado como a teoria mais compatível com fundamentos do Estado Constitucional e Democrático de Direito, como os princípios da intervenção mínima, da presunção de inocência, e da dignidade da pessoa humana.

Em relação à intervenção mínima, Greco (2015) afirma que ela se basearia, numa de suas vertentes, na teoria do bem jurídico. Assim, com um enfoque minimalista, o objetivo do Direito Penal seria proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Deveria então o legislador penal se ocupar apenas de proteger esses bens para criação de normas incriminadoras. Em interpretação do pensamento de Ferrajoli (2002), Greco assevera que:

O raciocínio aqui desenvolvido é de tal importância que Ferrajoli, comparando os crimes (ou delitos) com as contravenções penais (no Brasil), advoga a tese da completa revogação destas últimas, uma vez que, de acordo com a pena cominada em abstrato, que define, na verdade, a gravidade da infração penal, se às contravenções penais tocam a proteção dos bens que não são tão importantes, a ponto de não serem protegidos pelos tipos penais que preveem os delitos, melhor seria, em atenção ao princípio da intervenção mínima, que todas fossem abolidas, sendo os bens nelas previstos protegidos por outros ramos do ordenamento jurídico, vale dizer, o civil, o administrativo, o tributário etc. (GRECO, 2015, p. 254)

Assim, Greco (2015) já propõe essa mudança no ordenamento jurídico brasileiro de plano, além de outras mudanças conceituais, como a mediação penal e a Justiça Restaurativa.

A mediação penal sugere a reunião do autor da infração penal e a vítima, perante um mediador, e a busca por uma composição que busque, principalmente, a reparação do dano causado, e subsidiariamente, o não encarceramento do acusado.

Como benefícios, tem-se a satisfação dos interesses da vítima e o alívio do sistema prisional, com menos encarceramentos. Tal sistema já foi introduzido no Brasil pela Lei n. 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, mas a exemplo da extinção das contravenções penais, segundo Greco (2015), carecem de expansão, uma vez que uma das importantes consequências desse instituto é a diminuição da carga dos processos em trâmite no Judiciário.

Se a mediação penal desobstrui o sistema prisional e parcialmente o Judiciário, a segunda proposta, a Justiça Restaurativa, especificamente a vertente informal, tem objetivo

ainda mais ousado: desafogar o Judiciário, ante a composição extrajudicial entre ofensor e vítima.

Nesse formato, as partes se reuniriam perante um mediador sem vínculo com o Judiciário ou Ministério Público, e formalizariam o acordo visando à reparação da vítima. Em caso de descumprimento, tal acordo serviria de título executivo extrajudicial para cobrança da reparação via Judiciário e de autorização para o Ministério Público ajuizar ação penal.

Na forma judicial, a Justiça Restaurativa se basearia na conciliação entre vítima e ofensor e na compensação ou reparação à vítima ou reparação indireta, revertida à comunidade. Segundo Greco (2015), as ideias básicas da Justiça Restauradora podem ser sintetizadas assim:

- 1) o delito é um conflito entre indivíduos que produzem um dano à vítima, à comunidade e aos próprios infratores, sendo missão do processo judicial penal reparar todos esses danos;
- 2) o objetivo é trazer paz à comunidade, reconciliando as partes e reparando os danos ocasionados;
- 3) o processo judicial penal deve facilitar a participação ativa das vítimas, infratores e comunidade para encontrar solução para o conflito. (GRECO, 2015, p. 280-281)

Tenta-se assim, gerar o interesse de todos os afetados pelos conflitos sociais decorrentes de delitos, quais sejam, o ofensor, a vítima e a sociedade, em uma solução conciliatória, que envolva a participação e a reparação de todos.

Nessa direção, Nucci (2015, p. 354) assevera que "o Estado deve intervir minimamente nos conflitos sociais, mas, quando o fizer, deve agir com eficiência e sem gerar impunidade, o que poderá restaurar a confiança geral no Direito Penal". Ou seja, a postura do Estado nessa busca pela solução pacífica dos conflitos deve ser firme e eficiente, atentando para todos os interesses envolvidos, em que pese deva primar por intervir minimamente.

Roxin (2006), por outro lado, propõe uma Justiça Restaurativa baseada na reparação voluntária, o que, além de fazer o Estado intervir minimamente, traria a reparação da vítima e também desafogaria a Justiça Criminal. Segundo ele, a ideia de simplesmente propor a busca, pelo Direito Penal, da reparação do dano decorrente do delito, significaria a simples transferência da demanda civil para o âmbito penal.

Ele acena então com a reparação proposta pelo próprio autor do delito e que, se prestada antes da propositura da ação penal, levaria a uma obrigatória diminuição da pena, ou à suspensão condicional e até à dispensa da pena, dependendo da gravidade do caso.

Interessante notar que essa proposta tem o potencial de resolver dois outros problemas jurídicos atuais. O primeiro é a busca da reparação do ofendido que, em certos casos, não

satisfeito com o patamar mínimo declarado na sentença penal, vai buscar o complemento na área cível. O segundo é a dificuldade de se executar mesmo títulos judiciais contra devedores contumazes ou sem patrimônio penhorável, que obstaculizam a criação de uma cultura de reparação de danos entre indivíduos.

A simples ideia de responder a procedimento criminal que efetivamente suprimisse direitos mais importantes poderia levar o ofensor a buscar espontaneamente a reparação, restando como escopo da Justiça Penal apenas a homologação do acordo nos casos necessários.

4.4 A NECESSIDADE DA EFETIVIDADE DAS NORMAS PENAIS

O descrédito do Direito Penal perante a sociedade decorre basicamente da não aplicação efetiva da lei penal quando da ocorrência de atos definidos como delituosos. Isso pode ocorrer por falta de estrutura policial ou judiciária para o cumprimento da lei ou pelo excesso de normas penais, como resultado da inflação legislativa.

Além dos efeitos nefastos que causa em relação à credibilidade do Direito Penal, a inflação legislativa, sob o argumento de tentar resolver todos os problemas da sociedade por meio da imposição de penas, afronta o princípio da intervenção mínima, estendendo a atuação das normas para os casos em que elas não seriam necessárias e gerando normas que não necessariamente protejam direitos importantes.

Segundo Nucci (2015), essa atuação desnecessária das normas penais também contraria o princípio da dignidade da pessoa humana:

Tal postulado encontra-se implícito na Constituição Federal, que assegura direitos invioláveis, como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, bem como colocando como fundamento do Estado democrático de direito a dignidade da pessoa humana. Daí ser natural que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se torne possível, caso seja estritamente necessária a imposição da sanção penal, para garantir bens essenciais ao homem. (NUCCI, 2015, p. 25-26)

Assim, no Estado brasileiro, a norma penal simbólica, como é conhecida a norma penal sem efetividade na prática, tem natureza inconstitucional, por ofender fundamento da própria República.

Roxin (2006), a respeito desse problema, definiu-o assim:

Ponto nevrálgico da moderna legislação penal é também o chamado direito penal simbólico. Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais "que não geram,

primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas". (ROXIN, 2006, p. 47)

A definição de Roxin descreve exatamente o que ocorre periodicamente no Brasil. Sempre que há um crime bárbaro no país, com grande cobertura na mídia, a população clama por uma solução para o problema da criminalidade no país. Mas em vez de se cobrar investimentos na polícia e no sistema prisional, ou mesmo reformas no sistema processual, para dar celeridade à tramitação de lides penais, a opinião pública se contenta com iniciativas legislativas que buscam criar ou ampliar tipos penais e agravar penas.

Desconsidera-se que os crimes que causam essa comoção geralmente já são, em tese, punidos severamente pela legislação penal. O que falta é o cumprimento das leis. Novas normas mais rígidas não resolveram o problema, mas apenas abrangerão o escopo do Direito Penal.

O fenômeno é conhecido como legislação-álibi, usada apenas para dar uma satisfação ao eleitorado, mostrando que o Estado está trabalhando por melhorias, mas o resultado prático é apenas um cipoal de normas, que especificamente na área agride direitos e princípios do Estado Constitucional e Democrático.

O exemplo mais recente é a sugestão do Conselho Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil de se tipificar a conduta de porte de arma branca como crime, a exemplo do que já ocorre com armas de fogo. A justificativa é o crescente número de ocorrências de delitos de roubo e latrocínio com o uso de facas na cidade do Rio de Janeiro. Atento a essa demanda por segurança por meio do aumento da legislação penal, o Presidente da Câmara dos Deputados, eleito pelo mesmo Estado, manifestou publicamente apoio à proposta, prometendo levá-la imediatamente a plenário para apreciação daquela Casa.

Interessante notar que não houve, nesse período, menção a estudos ou estatísticas que indicassem a necessidade de se tipificar essa conduta, ou que comprovassem sua eventual eficácia na diminuição de crimes violentos. A comparação com a proibição legal de porte arma de fogo, entretanto, mostra que isso não resolve o problema, pois desde a entrada em vigor da Lei n. 10.826/2013, em dezembro de 2013, que tipificou essa conduta como crime, as taxas de mortalidade por arma de fogo em relação ao tamanho da população permaneceram praticamente as mesmas, como demonstra o gráfico do relatório Mortes Matadas por Arma de Fogo: Mapa da violência 2015 (WAISELFISZ, 2015).

Tabela 2.2. Taxas de mortalidade (por 100 mil) na população total e na jovem por armas de fogo segundo causa básica. Brasil. 1980/2012.										
ANO	POPULAÇÃO TOTAL					15 A 29 ANOS				
	Acidente	Suicídio	Homicídio	Indeterminado	Total arma de fogo	Acidente	Suicídio	Homicídio	Indeterminado	Total arma de fogo
1980	0,3	0,6	5,1	1,3	7,3	0,4	0,8	9,1	2,3	12,8
1981	0,4	0,6	5,3	1,4	7,7	0,5	1,0	9,5	2,4	13,5
1982	0,4	0,5	5,1	1,3	7,3	0,6	0,9	8,7	2,3	12,5
1983	0,4	0,6	5,1	2,4	8,6	0,7	1,0	8,8	4,5	15,0
1984	0,4	0,6	6,2	2,6	9,7	0,7	0,9	11,0	5,0	17,6
1985	0,4	0,6	6,3	2,9	10,2	0,7	0,9	11,9	5,6	19,1
1986	0,5	0,6	6,6	3,4	11,1	0,9	0,9	12,4	6,7	20,9
1987	0,5	0,7	7,8	2,7	11,8	0,8	1,0	14,7	5,4	21,9
1988	0,4	0,6	7,7	3,6	12,3	0,7	0,9	14,6	7,0	23,3
1989	0,4	0,6	9,5	3,9	14,4	0,7	0,9	18,8	8,1	28,4
1990	0,5	0,7	11,5	1,7	14,3	0,8	1,1	22,7	3,1	27,6
1991	0,8	0,7	10,7	2,5	14,7	1,6	1,2	20,8	4,5	28,0
1992	0,6	0,7	9,9	2,9	14,2	1,2	1,1	18,5	5,2	26,1
1993	0,3	0,8	11,2	2,7	15,0	0,5	1,3	22,0	4,8	28,6
1994	0,2	0,9	12,3	2,4	15,8	0,4	1,4	24,3	4,4	30,4
1995	0,3	1,0	14,3	1,5	17,2	0,5	1,6	27,9	2,7	32,7
1996	0,2	1,0	14,6	1,1	16,9	0,3	1,4	28,2	1,8	31,7
1997	0,2	1,0	15,3	1,0	17,4	0,2	1,4	30,5	1,7	33,8
1998	0,2	0,9	15,9	1,7	18,7	0,4	1,2	32,2	3,2	37,0
1999	0,5	0,8	16,4	1,3	19,0	1,0	1,1	33,6	2,5	38,2
2000	0,2	0,8	18,2	1,4	20,6	0,3	1,1	38,1	2,8	42,2
2001	0,2	0,8	19,4	1,1	21,5	0,3	1,2	40,7	2,2	44,4
2002	0,2	0,8	19,6	1,2	21,7	0,2	1,1	41,7	2,5	45,6
2003	0,2	0,8	20,4	0,9	22,2	0,2	1,0	43,5	1,7	46,5
2004	0,1	0,7	19,1	0,8	20,7	0,2	0,9	41,1	1,6	43,9
2005	0,1	0,7	18,1	0,6	19,6	0,2	0,8	39,0	1,3	41,3
2006	0,2	0,6	18,7	0,5	20,0	0,4	0,8	39,6	0,9	41,6
2007	0,2	0,6	18,0	0,7	19,5	0,2	0,7	39,1	1,3	41,4
2008	0,2	0,6	18,8	0,8	20,4	0,3	0,7	41,3	1,5	43,8
2009	0,2	0,6	19,3	0,9	20,9	0,3	0,6	42,4	1,8	45,1
2010	0,2	0,5	19,3	0,4	20,4	0,3	0,6	42,5	0,8	44,2
2011	0,1	0,5	19,1	0,4	20,1	0,2	0,5	41,7	0,9	43,3
2012	0,1	0,5	20,7	0,5	21,9	0,2	0,5	45,7	1,2	47,6
Δ %	-54,9	-8,1	302,8	-58,1	198,8	-49,2	-35,7	399,5	-50,0	272,6

Fonte: SIM/SVS/MS.

O único dado que traz uma constatação positiva é o de que as mortes por homicídio tiveram sua expansão contida a partir da vigência da Lei. Mas o próprio Relatório, que faz uma defesa do suposto sucesso da norma, admite que políticas públicas locais em grandes centros, como Rio de Janeiro e São Paulo, que diminuíram a violência nessas cidades, tiveram influência importante nessa estagnação da estatística de homicídios, que aumentaram em outros lugares.

4.5 A REFORMA DA POLÍTICA PENITENCIÁRIA

Como já demonstrado, o sistema prisional urge por medidas transformadoras. Em primeiro lugar, é necessário o aumento de vagas, para se cumprir a função retributiva da pena. Especificamente no Brasil, demonstrou-se o grande número de crimes graves sem a devida apuração de condenação. Entretanto, a correção do problema da baixa resolução de crimes, apesar de necessária, levaria o sistema carcerário da tragédia atual ao colapso total.

Além disso, é mister que o presídio deixe de ser apenas um depósito de presos, um lugar de onde infratores de normas penais saiam sem muitas perspectivas de vida e ainda mais propensos a reincidir no crime. Ou seja, há que se cumprir também a função ressocializadora da pena, que a seu fim, será também preventiva.

Greco (2015) assim resume:

Deverá ser levada a efeito a elaboração de planos nacionais de reforma penitenciária, em que se abarquem todas as necessidades dos sistemas penitenciários de cada país em particular, levando em consideração não só a Constituição senão as Regras mínimas para o tratamento dos reclusos; os planos a serem desenvolvidos; os organismos responsáveis e as atividades a realizar. Deve-se modificar o conceito de presídio pelo de um lugar onde se reabilite a população penitenciária, se eduque os delinquentes, lhes ofereça trabalho e se busquem empresas que se comprometam com eles, uma vez cumprida a pena. Dentro do cárcere, o trabalho é de fundamental importância. Não somente valoriza o preso, como permite ainda que, com os recursos por ele obtidos, sua família não seja punida por via indireta, passando necessidades em virtude da ausência do provedor da casa. (GRECO, 2015, p. 243)

Greco (2015) prossegue dando como exemplo complexos prisionais visitados por ele na Espanha, como o Centro Penitenciário de Topas e o Centro Penitenciário de Mansilla de las Mullas. Segundo ele, esses estabelecimentos foram planejados com o foco de se atender às funções básicas da pena, como retribuição e ressocialização, mas sem se esquecer dos direitos fundamentais dos condenados.

São oferecidas neles alimentação de qualidade, um mínimo de contato com a família, opções variadas de trabalho lucrativo em atividades manuais ou tecnológicas, além de centros de lazer (GRECO, 2015, p. 172-173).

É claro que estruturas assim custam caro, mas isso não deve ser óbice para sua implementação, uma vez que o custo financeiro e social com a criminalidade fora de controle acaba sendo maior. Não há, é verdade, interesse político em se investir em presídios, uma vez que isso, aparentemente, não rende votos, já que para a maioria da população o criminoso é

um ser abjeto que deve ser trancafiado em um local distante e sem mínimas condições de vida para "pagar pelo que fez".

Ademais, é de conhecimento público que, no Brasil, apesar de insuficiente para resolver a demanda atual, há verba federal para investimentos no sistema prisional, setor gerenciado ordinariamente pelos estados. Recursos esses que não aplicados sob o argumento de falhas de projeto ou ausência deste, que geram devolução à União, no primeiro caso, e contingenciamento orçamentário no segundo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como detalhado no presente trabalho, a solução do problema da criminalidade passa pela efetividade que se deve dar às normas penais, bem como por investimentos num sistema prisional moderno e cumpridor de suas funções.

Entretanto, para o futuro, quando estas questões restarem pelo menos parcialmente superadas, e com a evolução das sociedades, o panorama se insinua mais ameno para o Direito Penal.

Isso é o que afirma Roxin (2006), que prevê, mesmo com o aumento da criminalidade, uma suavização das normas penais. Isso se daria pela própria evolução da sociedade, que seria seguida pelo sistema penal. Segundo ele, a descriminalização, por aplicação do princípio da intervenção mínima para exclusão de tipos onde é desnecessária atuação do Direito Penal, e a diversificação de penas, com substituição da privação de liberdade por multa ou por limitações à liberdade como prisão domiciliar e proibição de dirigir, além da ampliação do leque de medidas de segurança com o avanço da medicina psiquiátrica e da psicologia, levariam a esse quadro de muitas normas, mas poucas e efetivas penas.

Ainda, a Justiça Restaurativa, nos termos da reparação voluntária por ele proposta, serviria para estimular a reparação do dano, mas sem a necessidade de se abarrotar de processos o Poder Judiciário, gerando uma cultura de reparação espontânea dos danos. Grande ajuda também viria da tecnologia, que ao aumentar exponencialmente as formas de vigilância, inibiria a prática de muitos crimes, ante a facilidade de sua descoberta e prova (ROXIN, 2006, p. 1-30).

Assim, resta claro que o problema da criminalidade não é insolúvel, além de que a solução não passa ao largo do mundo jurídico. Ao contrário. A solução demanda racionalização no processo legislativo penal, que não deve ser conduzido pela pressão momentânea da opinião pública, ou pelo senso comum, mas que precisa, além de se basear

em dados objetivos obtidos a partir de investigações científicas sérias, respeitar os princípios e fundamentos jurídicos do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Administrativamente, o Estado deve pautar a política penitenciária pela seriedade que ela merece, obedecendo os princípios da dignidade da pessoa humana e da eficiência, uma vez que há demanda de investimentos, mas eles são passíveis de retorno.

O problema jurídico trabalhado, qual seja, a aplicação da pena como prerrogativa do Estado, bem como suas limitações face aos direitos individuais constitucionalmente garantidos, como demonstrado, se reflete hodiernamente na crescente tensão social causada pelo recrudescimento dos índices de criminalidade, para a qual não há a devida resposta estatal.

Entretanto, o debate pela solução está em aberto, opondo posições distintas, às vezes defendidas radicalmente, mas que merecem a devida atenção, podendo, com equilíbrio, além de respeito aos limites constitucionais, levar o Estado a atender sua prerrogativa e suas obrigações.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2013.

BRASIL ESCOLA. **A história e as idéias do direito penal**. Disponível em <<http://monografias.brasilecola.com/direito/a-historia-as-ideias-direito-penal.htm>>. Acesso em 11 nov. 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 nov. 2014.

____. **Constituição**. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 30 nov. 2014.

____. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 30 nov. 2014.

____. **Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 30 nov. 2014.

____. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 3 dez. 2014.

____. **Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007**. Altera a Lei n. 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em: 1 dez. 2014.

____. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 1 dez. 2014.

____. **Lei n. 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 1 dez. 2014.

____. **Lei n. 9.455**, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em: 1 dez. 2014.

____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 269**. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0269.htm. Acesso em: 1 dez. 2014.

CEZARIO, Leandro Fazollo. A estrutura jurídica no Brasil colonial: criação, ordenação e implementação. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7088. Acesso em: 3 dez. 2014.

CHAVES, Leandro Santos. A evolução histórica do direito penal positivado no Brasil.

Intertemas, Presidente Prudente, SP. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2238/2222>. Acesso em: 12 nov. 2014.

COMISSÃO Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho; JUSTIÇA Global. **Presídio Urso Branco**: a institucionalização da barbárie. Out. 2007.

CONSELHO Nacional do Ministério Público. **Relatório Nacional da Execução da Meta 2**: um diagnóstico da investigação de homicídios no país. Brasília: 2012.

CONSELHO Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil. **OAB/RJ defende inclusão de porte de armas brancas na lei penal**. 22 mai. 2015. Disponível em: <http://www.oabrj.org.br/noticia/91239-oabrj-defende-inclusao-de-porte-de-armas-brancas-na-lei-penal->. Acesso em: 9 jun. 2015.

COSTA JUNIOR, Heitor. **Aspectos da "parte geral" do anteprojeto do código penal**. RT 555/459.

COSTA NETO, Nilo de Siqueira. Sistema penitenciário brasileiro: a falibilidade da prisão no tocante ao seu papel ressocializador. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3560, 31 mar. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24073>. Acesso em: 12 nov. 2014.

DUARTE, Alessandra; BENEVIDES, Carolina. Brasil é negligente com perícia e impunidade; como resultado, apenas 10% dos homicídios são elucidados. **O Globo**. Rio de Janeiro: 24 set. 2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/politica/brasil-negligente-com-pericia-impunidade-como-resultado-apenas-10-dos-homicidios-sao-elucidados-2694252>. Acesso em: 6 jun. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. p. 35-36.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablo de. GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). **Direito penal: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECCO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 263.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LACERDA NETO, Arthur Virmond de. **As penas no direito romano**. 23 jan. 2013.

Disponível em < <http://direitoromanolacerda.wordpress.com/2013/01/23/as-penas-no-direito-romano/>>. Acesso em 12 nov. 2014.

LUNA, Everardo da Cunha. **A pena no novo código penal**. Justitia. 90.

MADEIRO, Carlos. Corte condena Brasil e exige ação urgente em Pedrinhas. **Uol**. 20 nov. 2014. Disponível em: < <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/11/20/corte-interamericana-condena-brasil-e-exige-acao-urgente-em-pedrinhas-ma.htm>>. Acesso em 8 jun. 2015.

MATAIS, Andreza; PATU, Gustavo; ODILLA, Fernanda. Dilma gastou apenas 1/5 da verba para melhorar prisões. **Folha de S.Paulo**. 15 nov. 2012. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/11/1185995-dilma-gastou-apenas-15-da-verba-para-melhorar-prisoas.shtml>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

MENEZES, César; LEUTZ, Dennys. Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia. **G1**. Rio de Janeiro: 28 abr. 2014. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>>. Acesso em: 6 jun. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 24. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. 3. reimpr. - São Paulo: Atlas, 2008.

- NÉRI, Felipe. Estados deixam de construir prisões e devolvem R\$ 187 milhões à União. **G1**. 30 jan. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/01/estados-deixam-de-construir-prisoas-e-devolvem-r-187-milhoes-uniao.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. v.1.
- RIBEIRO JUNIOR, Euripedes Clementino. A história e a evolução do direito penal brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 16 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25441&seo=1>>. Acesso em: 12 nov. 2014.
- RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. **Direito hebraico**. 8 ago. 2011. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6345>. Acesso em 12 nov. 2014.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Escala Educacional, 2006.
- ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, nº 09, jan./jun. 2007, p. 361-388.
- SILVA, Jorge Medeiros. Direito penal dos hebreus. **Justitia**, São Paulo, 41 (107), p. 19-26, out./dez. 1979.
- SOUZA, Josias de. **Cunha quer criminalizar porte de armas brancas**. 24 mai. 2015. Disponível em: <<http://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2015/05/24/cunha-quer-criminalizar-porte-de-armas-brancas/>>. Acesso em: 9 jun. 2015.
- VELÁZQUEZ, Kenia Margarita Espinoza; CATAÑEDA, Milagro Mengana. **Crisis carcelaria y privatización de las prisiones en la modernidad**. Ciudad de la Habana: Universidad de las Tunas, Ministerio de Educacion Superior, 2007.
- VIEIRA, Lucas; SOARES, Raquel. Veja a cronologia de fugas, mortes e rebeliões no Complexo de Pedrinhas. **G1**. 18 set. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2014/09/veja-cronologia-de-fugas-mortes-e-rebelioes-no-complexo-de-pedrinhas.html>>. Acesso em: 8 jun. 2015.
- WASELFISZ, Julio Jacobo. **Homicídios e juventude no Brasil**: Mapa da violência 2013. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2013.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mortes matadas por armas de fogo**: Mapa da violência 2015. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.